VERWALTUNGSGERICHTLICHER RECHTSSCHUTZ DES DEUTSCHEN UND FRANZÖSISCHEN BEAMTEN

Eine rechtsvergleichende Untersuchung

Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes

vorgelegt von

Hans-Jürgen Möller

aus Hanau

1975

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547310_0025

VERWALTUNGSGERICHTLICHER RECHTSSCHUTZ

DES

DEUTSCHEN UND FRANZÖSISCHEN BEAMTEN

Eine rechtsvergleichende

Untersuchung

Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes

vorgelegt von

Hans-Jürgen M ö l l e r

aus Hanau

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der Disputation:

24. Juni 1975

Dekan: Prof. Dr. O.H. Poensgen

Erstberichterstatter: Prof. Dr. H.- E. Folz

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Ch. Zorgbibe

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einführung 1

I. Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht 1

II. Problemstellung 4

1. Teil: Beamtenverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis 6

I. Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses im deutschen Recht 6

II. Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses im französischen Recht 10

2. Teil: Grundzüge des deutschen und französischen Beamtenrechts der Gegenwart 13

I. Beamtenverhältnis im deutschen Recht 13

II. Beamtenverhältnis im französischen Recht 18

1. Begriff des Beamten 18

2. Anwendungsbereich des Beamtengesetzes von 1959 19

3. Rechtliche Stellung des Beamten 20

4. Moderne Konzeption des französischen Beamtenrechts 22

5. Struktur des öffentlichen Dienstes 23

6. Allgemeine Organisation des öffentlichen Dienstes 24

3. Teil: Grundzüge des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes des deutschen Beamten 26

I. Sachurteilsvoraussetzungen der Verwaltungsklagen 27

1. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges 27

2. Verwaltungsakt 28

a) Außen- und Innenfunktion (Bachof) 30

b) Recht oder Unrecht (Krüger) 31

c) Grund- und Betriebsverhältnis (Ule) 32

Seite

d) Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt (Obermayer) 33

e) Beamten- und Amtsverhältnis (Wolff) 35

f) Anstellungs- und Amtsverhältnis (Stein) 35

g) Weiter Begriff des Verwaltungsaktes (Dürig) 36

4. Teil: Grundzüge des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes des französischen Beamten 38

I. Conseil d'Etat 38

II. Anfechtungsklage ("recours pour excès de pouvoir") 39

1. Sachurteilsvoraussetzungen 39

a) Innerdienstliche Maßnahmen ("mesures d'ordre intérieur") 42

(1) Generelle Anweisungen ("actes qui présentent un caractère collectif") 43

(2) Individuelle Anweisungen ("actes intérieur à caractère particulier") 46

b) Interesse ("l'intérêt") 47

2. Aufhebungsgründe ("cas d'annulation") 49

a) Unzuständigkeit ("l'incompétence") 49

b) Form- und Verfahrensfehler ("vice de forme et procédure") 50

c) Verfolgung eines sachlich falschen Zwecks ("détournement de pouvoir") 51

(1) Allgemeiner Zweck ("but d'intérêt général") 51

(2) Besonderer Zweck ("but particulier") 52

d) Gesetzesverletzung oder die Verletzung einer Rechtsnorm ("violation de la loi") 52

(1) Unmittelbare Verletzung einer Rechtsnorm ("violation directe de la règle de droit") 53

(2) Rechtswidrigkeit in der Rechtsbegründung ("illégalité relative aux motifs de droit") 53

(3) Falsche Würdigung von Tatsachen ("illégalité relative aux motifs") 54

III. Leistungsklage ("recours de pleine juridiction") 54

IV. Durchsetzbarkeit verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen 57

Seite

5. Teil: Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz des deutschen und französischen Beamten im Einzelfall 61

I. Aufnahme in den öffentlichen Dienst im deutschen Recht 61

II. Aufnahme in den öffentlichen Dienst im französischen Recht ("recrutement") 69

1. Zulassung zum "concours" 69

2. Ordnungsgemäßer Ablauf des "concours" ("régularité du concours") 76

3. Beurteilung der Prüfungsleistungen ("appréciation de la valeur des épreuves") 78

4. Ernennung ("nomination") 81

Rechtsvergleichendes Ergebnis 85

III. Beförderung und dienstliche Beurteilung im deutschen Recht 87

1. Beförderung 87

2. Beurteilung 93

IV. Beförderung und dienstliche Beurteilung im französischen Recht 99

1. Beförderung ("avancement") 99

2. Beurteilung ("notation") 102

Rechtsvergleichendes Ergebnis 109

V. Entlassung im deutschen Recht 112

1. Entlassung des Beamten auf Probe (§ 31 BBG) 113

2. Entlassung des Beamten auf Widerruf (§ 32 Abs. 1 BBG) 117

VI. Entlassung im französischen Recht ("licenciement") 119

1. Entlassung der "emplois supérieurs" 119

2. Entlassung der "titulaires" 120

a) Berufliche Ungeeignetheit ("insuffisance professionnelle") 121

b) Physisches Unvermögen ("incapacité physique") 122

c) Verminderung der Planstellen ("dégagement des cadres") 124

3. Entlassung der "non-titulaires" 126

Rechtsvergleichendes Ergebnis 127

Seite

VII. Innerdienstliche Anordnungen im deutschen Recht 129

1. Versetzung 130

2. Sonstige innerdienstliche Maßnahmen 133

a) Vorbereitende Akte 133

b) Mißbilligung 134

c) Dienstpostenbewertung 136

d) Festsetzung des Allgemeinen Dienstalters 136

e) Zuteilung anderer Dienstgeschäfte 138

VIII. Innerdienstliche Anordnungen im französischen Recht 147

1. Versetzung ("mutation") 148

2. Sonstige innerdienstliche Maßnahmen 153

a) Hilfsakte ("actes auxiliaires") 155

b) Weitere (individuelle) innerdienstliche Maßnahmen gegenüber Beamten 155

c) Weitere innerdienstliche Maßnahmen genereller Natur 157

Rechtsvergleichendes Ergebnis 161

6.Teil: Einfluß der Grundrechte auf den Rechtsschutz des Beamten 164

I. Grundrechte und Beamtenverhältnis im deutschen Recht 164

1. Gleicher Zugang zu den öffentlichen Ämtern (Art. 33 Abs. 2 GG) 167

2. Meinungsfreiheit (Art. 5 GG) 180

a) Loyalitätspflicht 181

b) Zurückhaltungspflicht 184

(1) Meinungsäußerungen im Dienst 185

(2) Meinungsäußerungen außerhalb des Dienstes 186

II. Einfluß der Grundrechte auf den Rechtsschutz des französischen Beamten 189

1. Grundrechte im französischen Recht 189

2. Grundrechte im Beamtenverhältnis 192

a) Gleicher Zugang zu den öffentlichen Ämtern ("égalité d'accès aux emplois publics") 193

Seite

b) Meinungsfreiheit ("liberté d'opinion") 197

(1) Gewissensfreiheit ("liberté de conscience") 198

(2) Meinungsäußerungsfreiheit ("liberté d'expression") 201

(a) Loyalität ("loyalisme") 202

(b) Zurückhaltungspflicht ("obligation de réserve") 204

aa) Meinungsäußerungen außerhalb des Dienstes 205

bb) Meinungsäußerungen im Dienst 208

Rechtsvergleichendes Ergebnis 210

Gesamtergebnis 215

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

ALIBERT, Raphael	Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir. Paris 1926.
ARNDT, Gottfried	Zur Vereinbarkeit der Mitgliedschaft in nicht verfassungsfreundlichen Parteien und Vereinigungen mit einer Beschäftigung im öffentlichen Dienst.
AUBY, J.M.-DRAGO, R.	Traité de contentieux administratif. 3 Bände . Paris 1962. (zit. contentieux I, II, III)
AUBY, J.M.- DUCOS-ADER, R.	Précis de droit administratif. 2.Aufl., Paris 1970 (zit. précis)
AYOUB, Eliane	Le tableau d'avancement des fonctionnaires soumis au statut général de la fonction publique. A.J.D.A. 1969, S. 675 ff.
AZZOLA, Axel- LAUTNER, Gerd	Loyalitätspflicht und politische Kommunikationsrechte des Beamten. ZBR 1973, S. 125 ff.
BACHOF, Otto	Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. BverwGE Band 13-19. JZ 1966, S. 395 ff. (zit. Rechtsprechung)
BACHOF, Otto	Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung. Festschrift für Laforet. München 1952, S. 285 ff. (zit. Verwaltungsakt)
BACHOF, Otto	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. VVDStRL 12 (1954), S. 37 ff. (zit. Rechtsstaat)
BACHOF, Otto	Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht. In: Staatsbürger und Staatsgegewalt, Band II, Karlsruhe 1963. (zit. Entwicklungstendenzen)
BATAILLER, Francine	Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel. Paris 1966.
BATTIS, Ulrich	Zum Ausschluß "verfassungsfeindlicher" Bewerber vom öffentlichen Dienst. JZ 1972, S. 384 ff.

BECKER, H.-J.	Der Widerruf des Beamtenverhältnisses im Lichte der neueren Rechtsprechung. ZBR 1957, S. 36 ff.
BENZ, Winfried	Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis. Stuttgart 1969.
BERNARD, Michel	Le contrôle du Conseil d'Etat sur l'appréciation par l'administration de l'aptitude professionnelle ou physique des fonctionnaires. E.D.C.E. 1957, S. 53 ff.
BERNHARDT, Rudolf	Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht. ZaöRV Band 24/3 (1964), S. 431 ff.
BIAYS, Philippe	Les obligations du fonctionnaire en dehors de son service. D. 1954,chron. S. 105 ff.
BOCKEL, Alain	La condition juridique du stagiaire dans le régime français de la fonction publique. R.D.P. 1966, S. 265 ff.
BONNARD, Roger	Précis de droit administratif. 4. Aufl., Paris 1943.
BONNER KOMMENTAR	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, herausgegeben von Bodo Dennewitz u.a. Hamburg 1950 ff.
BÖTTCHER, Reinhard	Die politische Treupflicht der Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation. Berlin 1967.
BOURDONCLE, René	Fonction publique et liberté d'opinion en droit positif français. Paris 1957. (zit. fonction publique)
BOURDONCLE, René	De l'obligation de réserve qui s'impose aux fonctionnaires français. D. 196o, chron. S. 237 ff. (zit. obligation de réserve)
BRAIBANT, Guy	Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir. E.D.C.E. 1961, S. 53 ff.
BROHM, Winfried	Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis. DÖV 1964, S. 238 ff.
BRUNS, Herbert	Das Beamtenstatut der Europäischen Gemeinschaften. ZBR 1962, S. 310 ff.
BURDEAU, Georges	Les libertés publiques. 4. Aufl., Paris 1972. (zit. Libertés publiques)
BURDEAU, Georges	Droit Constitionnel et Institutions Politiques. 14.Aufl.,Paris 1969. (zit. Droit Constitutionnel)

CARCELLE, Pierre-MAS, Georges — Les principes généraux du droit applicables à la fonction publique. Rev.adm. 1958, S. 606 f.

CATHERINE, Robert — Le fonctionnaire français. Paris 1961.

CECH, Norbert — Der Streik im öffentlichen Dienst nach französischem und deutschem Recht. Diss. Göttingen 1970.

CHARLIER, R.E. — Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur. J.C.P. 1954 I., Nr. 1169

CHATELAIN, Jean — Le recrutement et la formation des cadres supérieurs de l'administration générale en France. R.I.S.A. 1960, S. 249 ff.

CHEVALLIER, Jean-Jacques — L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir. Nancy 1924.

CLEVER, Friedrich — Ermessensmißbrauch und détournement de pouvoir nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften. Berlin 1967.

COLLIARD, Claude-Albert — Libertés publiques. 4.Aufl., Paris 1972.

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean — Rechtsvergleichung. Band I, Einführung in die Rechtsvergleichung. Köln, Berlin , Bonn , München 1971.

CORAIL DE, Jean-Louis — La distinction entre mesure disciplinaire et mesure hiérarchique dans le droit de la fonction publique. A.J.D.A. 1967, S.3 ff.

COUTANT, Pierre — La communication du dossier. Rev.adm. 1955, S. 398 f.

DAME, Rolf — Das Verhältnis der Grundrechte zu den besonderen Gewaltverhältnissen nach dem deutschen und französischen Staats- und Verwaltungsrecht. Diss. Köln 1965.

DEBBASCH, Charles — La femme et la fonction publique. D. 1961, chron. S. 139 ff.

DERMIETZEL, Friedrich — Freiheitsrechte und deutsches Beamtenverhältnis unter besonderer Berücksichtigung der politischen Betätigung des Beamten. Diss., Würzburg 1967.

DESFORGES, Christian — La compétence juridictionnelle du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs. Paris 1961.

DICKE, Detlef Chr. — Radikale im öffentlichen Dienst. ZBR 1973, S. 1 ff.

DONNEDIEU DE VABRES, Jacques — La protection des droits de l'hom par les juridictions administratives en France. E.D.C.E. 1949, S. 30 ff.

DUVERGER, Maurice- SFEZ, Lucien — Die staatsbürgerlichen Freiheitsrechte in Frankreich und in der Union Française.

Neumann/ Nipperdey/ Scheuner, Die Grundrechte, Band 1, 2. Halbband, S. 543 ff. Berlin 1967. (zit. Die Grundrechte)

EIBES, Karlheinz — Die Vereinbarkeit von Maßnahmen d Dienstherrn gegen Beamte wegen ih Mitgliedschaft in sog. "verfassun feindlichen" Parteien mit dem Gru gesetz. ZBR 1973, S. 132 ff.

EISENMANN, Charles - HAMON, Léo — La juridiction constitutionnelle droit français (1875-1961), Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrech (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarke in der Gegenwart, S. 231 ff. Köln, Berlin 1962. (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit)

ERMACORA, Felix — Das besondere Gewaltverhältnis in österreichischen Rechtsordnung. DÖV 1956, S. 529 ff.

ESCHENBURG, Theodor — Ämterpatronage. Stuttgart 1961.

EYERMANN, Erich - FRÖHLER, Ludwig — Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar. 5.Aufl., München 1971.

FEINDT, Erich — Die Beteiligung des Beamten im Be urteilungsverfahren. ZBR 1972, S. 264 ff.

FINGER, Hans-Joachim — Die Meinungsfreiheit des Beamten. ZBR 1965, S. 225 ff.

FISCHBACH, Oskar Georg	Bundesbeamtengesetz. 1. u. 2. Halbband. 3.Aufl., Köln,Berlin,Bonn, München 1964. (zit. BBG)
FISCHBACH, Oskar Georg	Ernennung, Amtsübertragung und Beförderung. ZBR 1956, S. 7 ff. (zit. Ernennung)
FISCHBACH, Oskar Georg	Zur Neugestaltung des Beamtenrechts. DÖV 1951, S.453 ff. (zit. Neugestaltung)
FORSTHOFF, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band,Allgemeiner Teil. 9.Aufl., München u. Berlin 1966. (zit. Verwaltungsrecht)
FORSTHOFF, Ernst	Verfassungsrechtliche Prolegomena zu Art. 33 Abs. 5 GG. DÖV 1951, S. 460 f. (zit. Prolegomena)
FORSTHOFF, Ernst	Das Bundesverfassungsgericht und das Berufsbeamtentum. DVBl. 1954, S. 69 f. (zit. Berufsbeamtentum)
FOURNIER, Jacques-BRAIBANT, Guy	Recours pour excès de pouvoir. Répertoire de droit publique et administratif, S.673 ff. Encyclopédie Juridique Dalloz, Band 2, Paris 1959. (zit. Encyclopédie Dalloz Bd. 2)
FOURRIER, Charles	La liberté d'opinion du fonctionnaire. Paris 1957.
FOUQUET,P.	La notation des fonctionnaires. Rev.adm. 1949, S. 478 f.
FRIESENHAHN, Ernst	Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz. DVBl. 1949, S. 478 ff.
FROMONT, Michel	Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung in Deutschland, Frankreich und den Europäischen Gemeinschaften. Köln,Berlin,Bonn,München 1967. (zit. Rechtsschutz)
FROMONT, Michel	La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif. In: Gerichtsschutz gegen die Exekutive. Köln,Berlin,Bonn, München 1969. (zit. protection juridictionnelle)
FROMONT, Michel	Le contrôle juridictionnel des actes administratifs en Allemagne.A.J.D.A. 1964,S.604 ff.(zit. contrôle)

FROWEIN, Jochen	Die politische Betätigung des Beamt Diss. Tübingen 1967.
FUSS, Ernst-Werner	Personale Kontaktverhältnisse zwischen Verwaltung und Bürger. DÖV 1972, S. 765 ff.
GALABERT-GENTOT	Chronique général de jurisprudence administrative française. A.J.D.A. 1961, S. 200.
GAUDAMET, P.	Le déclin de l'autorité hiérarchiqu D. 1947, chron. S. 137.
GJIDARA, Marc	La fonction administrative contentieuse. Paris 1972
GRABENDORFF, Walter	Bundesbeamtengesetz. 2.Aufl., München 1968.
GRÊGOIRE, R.	La fonction publique. Paris 1954.
HAMANN, Andreas- LENZ, Helmut	Das Grundgesetz für die Bundesrepub Deutschland vom 23. Mai 1949. Komme tar.3.Aufl.,Neuwied u. Berlin 1970.
HAMSON, C.J.	Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration. Paris 1958.
HAURIOU, André	Droit Constitutionnel et Institutio Politiques.5.Aufl.,Paris 1972. (zit. Droit Constitutionnel)
HAURIOU, Maurice	Précis de droit administratif et de droit public.12.Aufl., Paris 1933. (zit.précis de droit administratif)
HAURIOU, Maurice	Précis élémentaire de droit adminis tif.4.Aufl., Paris 1938. (zit.précis élémentaire)
HEILBRONNER, André	Recours pour excès de pouvoir et re cours de plein contentieux. D. 1953,chron. S. 183.
HEISE, Detlef	Beförderungsanspruch aus Fürsorge-pflichtverletzung? ZBR 1969, S. 165 ff.
HENKE, W.	Anmerkung zum Beschluß des BverwG v 14.3.1973,DVBl. 1973, S. 813 f.
HEROLD, Georg	Rechtsschutz gegenüber unrichtigen dienstlichen Beurteilungen. RiA 1959, S. 257 ff.
HOFFMANN, Reinhard	Das Ermessen der Verwaltungsbehörde in Frankreich. Berlin 1967.

HOLLAND, Ralf	Zum Verwaltungsrechtsschutz im Schulverhältnis. DVBl. 1968,S.245 ff.
ISENSEE, Josef	Der Beamte zwischen Parteifreiheit und Verfassungstreue.JuS 1973,S.266 f.
JACOBI, Erwin	Die Verwaltungsverordnungen. In: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2.Band, Tübingen 1932, S. 255 ff. (zit. HDStR II)
JANOT, Raymond	Beamtentum und Staat im heutigen Frankreich. AöR 81 (1956), S. 423 ff.
JELLINEK, Walter	Besprechung von: C.H. Ule, Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht. DVBl. 1952, S. 707.
JELLINEK, Walter	Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 3.Aufl., unveränderter Nachdruck, Offenburg 1948. (zit. Verwaltungsrecht)
JESCH, Dietrich	Gesetz und Verwaltung. 2. Aufl., Tübingen 1968.
JUNCKER, Wolfgang	Ist die Institution des Berufsbeamtentums durch die Rechtsentwicklung gefährdet? ZBR 1967, S. 65 f.
KAHN, Paul	Das besondere Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht. Diss. Heidelberg 1912.
KAISER, Joseph H.	Vergleichung im öffentlichen Recht. ZaöRV Band 24/3 (1964), S.391 ff.
KALISCH, Werner	Grundrechte und Berufsbeamtentum nach dem Bonner Grundgesetz. AöR 78 (1952), S. 334 ff.
KELLNER, Hugo	Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis. DÖV 1963, S. 418 ff.
KESLER, Jean-François	Les fonctionnaires et la politique. Rev.adm. 1966, S. 363 ff.
KÖHL, Guido	Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht. Diss. Bern 1955. (zit. Diss.)
KÖHL, Guido	Zur Frage des besonderen Gewaltverhältnisses. ZBR 1957, S. 121 ff.
KÖNIG, Peter	Rechtsschutz gegen dienstliche Beurteilungen. BayVBl.1971, S.44 f.
KONOW, Karl-Otto	Grenzen der schriftstellerischen Betätigung des Beamten, ZBR 1972,S.47 f.

KÖTTGEN, Arnold	Ämterpatronage, DÖV 1953,S.321
KRIELE, Martin	Kommunisten als Beamte ? ZRP 1971, S.273 ff.
KRÖGER, Klaus	Verfassungsrechtliche Grundfrag des Rechtes der Beamten auf par politische Meinungsäußerungen. AöR 88 (1963), S.121 ff.
KRÜGER, Herbert	Das besondere Gewaltverhältnis. VVDStRL 15 (1957), S.109 ff. (zit. Gewaltverhältnis)
KRÜGER, Herbert	Der Verwaltungsrechtsschutz im b sonderen Gewaltverhältnis. NJW 1953, S. 1369 ff. (zit. Verwaltungsrechtsschutz)
KRÜGER, Hildegard	Die Grundrechte im besonderen Ge waltverhältnis. ZBR 1956, S.309
LABAND, Paul	Das Staatsrecht des deutschen Reiches. Band I u. II, 5.Aufl., Tübingen 1911.
LANDON, Pierre	Histoire abrégée du recours pou excès de pouvoir des origines à 1954. Paris 1962. (zit. histoire du recours)
LANDON, Pierre	Le recours pour excès de pouvoi depuis 1954. Paris 1968. (zit. recours pour excès de pou
LANZ, Horst	Die französische Lehre und Recht sprechung zum Begriff des Verwa tungsaktes und seiner Fehlerhaf keit. Diss. Mainz 1962.
LAUBADÈRE DE, André	Traité élémentaire de droit ad- ministratif. Band I-III, 5.Aufl. Paris 1970.
LAVAU, Georges	Le prétendu pouvoir discrétionn d'exclure un candidat d'un conc administratif. J.C.P. 1953,Nr.1
LEISNER, Walter	Die schutzwürdigen Rechte im be- sonderen Gewaltverhältnis. DVBl. 1960, S.617 ff.
LEISTNER, Georg	Der Streik im öffentlichen Dien Frankreichs, Italiens, Belgiens Luxemburgs und der Niederlande. Diss. Saarbrücken 1974.
LERCHE, Peter	Grundrechte des Soldaten. In : Bettermann/Nipperdey/Scheuner, IV, 1. Halbband, S. 447 ff. (zit. Grundrechte IV, 1)

LETOURNEUR, M.	Le contrôle de l'administration par le juge administratif. London 1964.
LINDGEN, Erich	Reicht die bloße Mitgliedschaft bei einer extremen Partei für ein disziplinarisches Vorgehen gegen den Beamten aus ? RiA 1972, S.121 ff.
LÜCKING, Walter	Die Grundlagen der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Würzburg 1955.
MAAS, Udo	Verwaltungsakt und Rechtssatz. Diss. Saarbrücken 1969.
MALZ, Heinrich	Das Beamtenverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis. ZBR 1964, S. 97 ff.
MANGELS, G.	Versetzung und Abordnung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes in Bayern. ZBR 1960, S.141 ff.
MANGOLDT VON, Hermann - KLEIN, Friedrich	Das Bonner Grundgesetz. Band I, 2.Aufl.,Berlin u. Frankfurt 1957. Band II,2.Aufl., Berlin u. Frankfurt 1964.
MARTENS, Wolfgang	Das besondere Gewaltverhältnis im demokratischen Rechtsstaat. ZBR 1970, S.197 ff.
MAUNZ, Theodor- DÜRIG, Günter- HERZOG, Roman	Grundgesetz,Kommentar, 2 Bände, München,Berlin 1958 ff.,Stand 1971.
MAURER, Hartmut	Die Mitgliedschaft von Beamten in verfassungsfeindlichen Parteien und Organisationen. NJW 1972,S. 601 f.
MAYER, Franz	Rechtsfragen der Dienstpostenbewertung.DVBl.1970,S. 651 ff.
MAYER, Otto	Theorie des französischen Verwaltungsrechts. Straßburg 1886.
MAYER, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht. 1895.
MAYER, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht. 1. Band, 3.Aufl.,Berlin 1924. 2. Band, 3.Aufl.,München u.Leipzig 1924.
MIGNON, Maxime	Une évolution inachevée: La notion d'intérêt ouvrant le recours pour excès de pouvoir. D. 1953, chron. S. 121 ff.

MORANGE, Georges	La femme dans la fonction publique D.1955,chron. S. 125 ff.
MORANGE, Georges	La liberté d'opinion des fonctionnaires publics. D.1953,chron. S. 153 f.
MÜNCH VON, Ingo	Die Einflußnahme der politischen Parteien auf Beamtenernennungen und -beförderungen. ZBR 1960, S. 245 ff. (zit. Einflußnahme der politischen Parteien)
MÜNCH VON, Ingo	Freie Meinungsäußerung des Beamten ZBR 1959, S. 305 ff. (zit. Meinungsäußerung des Beamten
MÜNCH VON, Ingo	Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis. Diss. Frankfurt 1957. (zit. Diss.)
MÜNCH VON, Ingo	Öffentlicher Dienst. In: Besondere Verwaltungsrecht, 2.Aufl.,Bad Homburg,Berlin,Zürich 1970. (zit. Besonderes Verwaltungsrecht)
NAWIASKY, Hans	Forderungs- und Gewaltverhältnis. In: Festschrift für Ernst Zitelmann, München u. Leipzig 1913.
NEEßE, Gottfried	Der Angestellte im staatlichen und kommunalen Bereich. ZBR 1967, S. 33 ff.
OBERMAYER, Klaus	Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt. Stuttgart, München,Hannover 1956. (zit. Verwaltungsakt)
ODENT, Raymond	Contentieux administratif. Paris 1965/1966. (zit. contentieux)
OPPENHEIMER, Johann	Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. ZBR 1971, S. 189 ff.
OSSENBÜHL, Fritz	Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung. DÖV 1972, S. 401 ff.
PAPPERMANN, Ernst	Das Formerfordernis bei Zusagen. ZBR 1968, S. 202 f.
PETOT, Jean	Quelques remarques sur les notions fondamentales du droit administrat français. R.D.P.1965,S.369 ff.
PIQUEMAL, Marcel	Le fonctionnaire. Paris 1973.

LANTEY, Alain	Traité pratique de la Fonction Publique. Band I-III, 3.Aufl., Paris 1971
LOG, Ernst - WIEDOW, Alexander	Kommentar zum Bundesbeamtengesetz. Band I und II, Neuwied 1973.
LÜMER, Egon	Mitgliedschaft von Beamten und Beamtenanwärtern in verfassungsfeindlichen Parteien. NJW 1973, S. 4 ff.
JISSOCHET - LECAT	Chronique générale de jurisprudence administrative française. A.J.D.A. 1966, S. 166 ff.
VAL DI, Lino	La compétence liée. Paris 1964.
AINAUD, Jean-Marie	La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel. Paris 1966.
EDEKER, Konrad - OERTZEN VON, Hans-Joachim	Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar. 4.Aufl.,Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1971.
EINHART, Rainer	Das Beurteilungsgespräch. ZBR 1972, S. 161 ff.
EVERO, Jean	Les mesures d'ordre intérieur administratives. Paris 1934. (zit. mesures d'ordre intérieur)
EVERO, Jean	La notion juridique de la laïcité. D.1949,chron. S.137 ff. (zit. notion de la laïcité)
EVERO, Jean	Vers la fin du droit de la fonction publique. D.1947,chron. S.149. (zit. fonction publique)
EVERO, Jean	Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels et la sauvegarde des libertés individuelles. Dr. Soc. 1950, S.391 ff. (zit. pouvoir réglementaire)
EVERO, Jean	Le droit positif de la grève dans les services publics d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat. Dr. Soc. 1951, S. 591 ff. (zit. le droit positif de la grève)
EVERO, Jean	Cours de libertés publiques. Paris 1965/1966. (zit. Libertés publiques)
ETHLÄNDER, Albrecht	Die Festsetzung des Allgemeinen Dienstalters als anfechtbarer Ver-

	waltungsakt. ZBR 1963, S.73 f.
RUDOLPH, Wolfgang	Die Mitgliedschaft von Beamten und Angestellten des öffentlich Dienstes in nicht verbotenen v fassungsfeindlichen Parteien u Vereinigungen.DVBl.1967, S.647
RUPP, Hans-Heinrich	Grundfragen der heutigen Verwa tungsrechtslehre. Tübingen 196 (zit. Grundfragen)
RUZIÉ, David	Agents des personnes publiques agents des personnes privées. (zit. agents)
RUZIÉ, David	Vers un renouveau du droit de fonction publique? D.1959,chron. S.85 ff.
SANDEVOIR, Pierre	Etudes sur le recours de pleine juridiction. Paris 1964. (zit. recours de pleine juridi
SBIH, Missoum	La fonction publique. Paris 19
SCHACK, Friedrich	Unterlassen einer Beförderung. ZBR 1961, S.225 ff. (zit. Beförderung)
SCHEERBARTH, Hans Walter	Beamtenrecht. Siegburg 1967.
SCHEFFER, Klaus	Grundrechte und Beamtenrecht. Diss. Tübingen 1966.
SCHICK, Walter	Der Beamte als Grundrechtsträg ZBR 1963, S.67 ff. (zit. Der Beamte)
SCHICK, Walter	Wichtige Entscheidungen oberst Gerichte, Rechtsprechungsüber ZBR 1967, S.297 ff. (zit. Entscheidungen)
SCHLOCHAUER, Hans-Jürgen	Öffentliches Recht. Karlsruhe
SCHMIDT, Otto	Die Ämterbewertung im Zusammen mit der Besoldungsneuregelung. ZBR 1968, S.331 ff.
SCHMITTHENNER, Friedrich	Grundlinien des allgemeinen St rechts. 1845. (zit. Grundlinien)
SCHÜTZ, E.	Zum Begriff der Versetzung. ZBR 1959, S.65 ff.
SELB, Dieter	Schulstrafe "Androhung der Aus weisung" und Zulässigkeit der waltungsgerichtlichen Anfechtu klage. DÖV 1965, S.804 f.

SELLSCHOPP, Hermann	Das Schulverhältnis und der Gesetzesvorbehalt.DÖV 1971, S.413 ff.
SELMER, Peter	Der Verwaltungsrechtsschutz in dem besonderen Gewaltverhältnis. DÖV 1968, S.342 ff.
SEMLER, Jutta	Dürfen Beamte verfassungsfeindlichen Parteien angehören? ZBR 1971,S.107 f.
SIBURG, Friedrich-Wilhelm	Aspekte der gegenwärtigen Situation des Berufsbeamtentums. ZBR 1967, S.289 ff.
SILVERA, Victor	La fonction publique et ses problèmes actuels. Paris 1969. (zit. fonction publique)
SIORAT, Lucien	Les sujetions imposées aux citoyens par la défense nationale. R.D.P. 1960, S.461 ff.
SOLTE, E.-L.	Der Rechtsschutz des unterlegenen Bewerbers bei beamtenrechtlichen Ernennungen. ZBR 1972,S. 109 ff.
SPANNER, Hans	Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis. DÖV 1963, S.497 ff.
STEIN, Ekkehart	Die Grenzen des dienstlichen Weisungsrechts. Tübingen 1965. (zit. Weisungsrecht)
STEIN, Walter	Die Dienstalter des Beamten. Ihre verwaltungsrechtlichen Aufgaben und ihre Behandlung in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte. NJW 1957, S.1093 f.
STEINDORFF, Ernst	Die Nichtigkeitsklage im Recht der Europäischen Gemeinschaften für Kohle und Stahl. Frankfurt 1952.
STERN, Klaus	Zur Verfassungstreue der Beamten. 1974.
STICH, R.	Der Rechtsschutz des Kommunalbeamten bei Personalveränderungen. ZBR 1958, S.70 ff.
STREBEL, Helmut	Vergleichung und vergleichende Methode im öffentlichen Recht. ZaöRV Band 24/3 (1964),S.405 ff.
THIEME, Werner	Die besonderen Gewaltverhältnisse. DÖV 1956, S.523 ff. (zit. Gewaltverhältnisse)
THIEME, Werner	Der Beamte im sozialen Rechtsstaat. ZBR 1960,S.169 ff. (zit. Der Beamte)

THIEME, Werner — Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes Göttingen 1961. (zit. Öffentlicher Dienst)

THIEME, Werner — Der Gesetzesvorbehalt im besondere Gewaltverhältnis. JZ 1964,S.81 ff (zit. Gesetzesvorbehalt)

THIEME, Werner — Ist das Berufsbeamtentum in unsere Gesellschaft noch notwendig? ZBR 1965, S.33 ff. (zit. Berufsbeamtentum)

THIEME, Werner — Zur Neuordnung des Berufungswesens In: Wissenschaftsrecht, Beiträge zum Hochschulrecht, Beiheft 4, 19 S.233 ff. (zit. Berufungswesen)

THIEME, Werner — Empfiehlt es sich, das Beamtenrecl unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen? In: Verhandlungen 48. D.J.T. 197o, D. 10 ff.

THIERRY, Hubert — La notation des fonctionnaires. D.1954,chron. S.81 ff.

TIEDEMANN,Klaus — Die Rechtsstellung des Strafgefangenen nach französischem und deutschem Verfassungsrecht. Bonn 1963.

TIETGEN, Walter — Der Zugang zu den Ämtern des öffentlichen Dienstes. Eine Studi des Rechtsschutzes. In: Festschri D.J.T. 1960, Band II,S.325 ff.

ULE, Carl-Hermann — Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht. Köln, Detmold, Münche 1951. (zit. Gerichtlicher Rechtsschutz)

ULE, Carl-Hermann — Das besondere Gewaltverhältnis. Probleme des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes im besonder Gewaltverhältnis.VVDStRL 15 (1957 S. 133 ff. (zit. Gewaltverhältnis)

ULE, Carl-Hermann — Grundfragen der Beamtenpolitik. RiA 1958, S. 81 ff. (zit. Grundfragen)

ULE, Carl-Hermann — Entwicklungstendenzen im Beamtenrecht. In: Juristen-Jahrbuch, 2.B Köln-Marienburg 1961/62, S.212 ff (zit. Entwicklungstendenzen)

ULE, Carl-Hermann	Öffentlicher Dienst. In: Die Grundrechte, Bettermann/Nipperdey, IV, 2.Halbband. Berlin 1962, S.537 ff. (zit. Öffentlicher Dienst, Grundrechte IV, 2)
ULE, Carl-Hermann	Verwaltungsgerichtsbarkeit. In: M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Band I, 2. Halbband, 2.Aufl., Köln, Berlin, München, Bonn 1962. (zit. Verwaltungsgerichtsbarkeit)
ULE, Carl-Hermann	Beamtenrecht. In: M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Band X, 1.Halbband, Köln, Berlin, Bonn, München 1970. (zit. Beamtenrecht)
ULE, Carl-Hermann	Verwaltungsprozeßrecht. 5. Aufl., München 1971. (zit. Verwaltungsprozeßrecht)
VALLENDAR, Willi	Der Anspruch auf Beförderung in der verwaltungsgerichtlichen Praxis. DÖD 1973, S. 4 ff.
VEDEL, Georges	Droit administratif. 4.Aufl., Paris 1968. (zit. droit administratif)
VENEZIA, Jean-Claude	Le pouvoir discrétionnaire. Paris 1959.
VIDAL, Roger	L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative. R.D.P. 1952, S. 275 ff.
VINCENT, François	Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives. Paris 1966.
VOGEL, Klaus	Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm. Frankfurt, Berlin 1965.
WALINE, Marcel	Les concours de recrutement de la fonction publique en droit français. R.I.S.A. 1957, S.281 ff. (zit. concours)
WALINE, Marcel	La liberté politique des fonctionnaires. Rev.adm. 1958,S. 5 f. (zit. Liberté politique)
WALINE, Marcel	Droit Administratif. 9.Aufl., Paris 1963. (zit. Droit administratif)

WALINE, Marcel	Précis de droit administratif. Band I, Paris 1969. Band II,Paris 1970. (zit. précis I und II)
WEIL, P.	Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir,1952.
WELTER, Henri	Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative. Nancy 1929.
WIESE, Walter	Der Staatsdienst in der Bundesrepublik Deutschland. Neuwied und Berlin 1972.
WILHELM, Bernhard	Die Beschränkbarkeit der Grundrechte im Beamtenrecht. BayVBl. 1963, S.365 ff. (zit. Grundrechte)
WILHELM, Bernhard	Die politische Meinungsfreiheit des Beamten. ZBR 1968, S.1 ff. (zit. Meinungsfreiheit)
WOLFF, Hans-Julius	Verwaltungsrecht. Band I, 8.Aufl., München 1971. Band II,3.Aufl., München 1970.
ZÄNGL, Siegfried	Rechtsprechung des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofes zum Beamtenrecht. ZBR 1971, S. 111 ff.
ZITZELSBERGER, Heribert	Die Ausbildung der Führungsbeamt in Frankreich. ZBR 1969, S. 257 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
a.M.	anderer Meinung
A.J.D.A.	Actualité Juridique Droit Administratif
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
AS	Amtliche Sammlung
Bad-Württ VGH	Baden-Württembergischer Verwaltungsgerichtshof
Bay VGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVBl.	Bayerisches Verwaltungsblatt
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BDH	Bundesdisziplinarhof
BDHE	Entscheidungen des Bundesdisziplinarhofes
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BverwG	Bundesverwaltungsgericht
BverwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
c.	contre
chron.	chronique
C.E.	Conseil d'Etat
D.	Dalloz: Recueil de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation
DBG	Deutsches Beamtengesetz
D.J.T.	Deutscher Juristentag
DÖD	Der Öffentliche Dienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung

Dr. adm.	Droit administratif
Dr. const.	Droit constitutionnel
Dr. Soc,	Droit social (Revue)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E.D.C.E.	Etudes et Documents du Conseil d'Etat
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HBG	Hessisches Beamtengesetz
HDStR	Handbuch des deutschen Staatsrechts
Hess StaatsAnz	Hessischer Staatsanzeiger
h.L.	Herrschende Lehre
h.M.	Herrschende Meinung
J.	Jurisprudence
J.C.P.	Juris-Classeur-Périodique (La semaine juridique/
J.O.	Journal Officiel de la République Française. Lois et Décrets
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OVG	Oberverwaltungsgericht
PrOVG	Preussisches Oberverwaltungsgericht
RdNr	Randnummer
R.D.P.	Revue de droit public
Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'Etat
Rev.adm.	Revue Administrative
RiA	Das Recht im Amt
R.I.S.A.	Revue Internationale Science Administrative
R.P.D.A.	Revue pratique de Droit Administratif

Sirey	Recueil général des Lois et des Arrêts
T.A.	Tribunal Administratif
Verw.Rspr.	Verwaltungsrechtsprechung
VG	Verwaltungsgericht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einführung

I. Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht

Wegen der internationalen Verflechtung der Weltwirtschaft und der damit verbundenen Berührung unterschiedlicher Privatrechtsordnungen werden überwiegend privatrechtliche Probleme rechtsvergleichend untersucht.

Im öffentlichen Recht ist die Rechtsvergleichung mit größerer Zurückhaltung vorzunehmen als im Bereich des Privatrechts, da die Normen und Begriffe des öffentlichen Rechts ihrer Natur nach einen spezifisch "nationalen" Charakter haben. Die "Nationalität" des Verwaltungsrechts folgt aus einer im Verhältnis zum Zivilrecht wesentlich stärkeren Bindung der Verwaltungsrechtsnorm an die jeweilige Verfassungsrechtsordnung.[1]

Aber selbst wenn die verfassungsrechtlich gewachsene Eigenständigkeit einzelner Institutionen gebührend herausgestellt wird, ist eine vergleichende Untersuchung verwaltungsrechtlicher Grundprobleme insbesondere dann wertvoll, wenn sie innerhalb verwandter Rechtsordnungen vorgenommen wird. Die Vergleichbarkeit verwaltungsrechtlicher Fragestellungen erfordert daher eine gewisse Gemeinsamkeit der Ausgangspositionen.[2]

Institute des französischen Verwaltungsrechts haben die Ausbildung entsprechender Elemente im deutschen Verwaltungsrecht beeinflußt. Zu den Grundbegriffen, bei denen eine gegenseitige Einwirkung stattgefunden hat, gehören zentrale Begriffe wie der Verwaltungsakt und das Ermessen.[3]

---

1 Vogel, S. 429
2 Bernhardt, ZaöRV Bd 24/3 (1964),S.437; Vogel, S.430; Kaiser, ZaöRV Bd 24/3 (1964), S.397
3 Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 1895,S.64;Scheuner,DÖV 1963, S.718

Einen wichtigen Beitrag zur Vermittlung französischer Vorstellungen für die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft hat Otto Mayer mit seiner "Theorie des französischen Verwaltungsrechts" von 1886 geleistet. Sein erster Band des "Verwaltungsrechts" ist von der Systematik französischen Verwaltungsrechtsdenkens geprägt.[1]

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts und in der Weimarer Zeit ist dann eine geringere Berührung der beiden Rechtsordnungen festzustellen.[2]

Mit der Entstehung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft hat nach dem zweiten Weltkrieg eine neue Phase der Begegnung der einzelnen nationalen Rechtsordnungen begonnen:
Im Beamtenrecht hat die Schaffung eines europäischen Beamtenstatuts bereits zu einer Verbindung deutscher und französischer Beamtenrechtsvorstellungen geführt.[3]

Das deutsche Verwaltungsrecht weist zum französischen Verwaltungsrecht daher eine sehr enge Beziehung auf;[4] wenn also für eine Vergleichung im öffentlichen Recht eine gewisse Gemeinsamkeit vorausgesetzt wird, dann ist diese im Verhältnis zum deutschen Verwaltungsrecht zu bejahen.

Eine Rechtsvergleichung zwischen französischem und deutschem Verwaltungsrecht rechtfertigt sich aus einem weiteren Grund:

---

1 Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 1895
2 Scheuner, DÖV 1963, S. 719
3 Bruns, ZBR 1962, S. 310 ff
4 Constantinesco, Rechtsvergleichung, Bd. 1, S. 41
Fromont, Rechtsschutz, S. 139; Scheuner, DÖV 1963, S. 719

Jede Rechtsdisziplin wird gegenwärtig wegen der zunehmenden Gleichartigkeit der Lebensverhältnisse und der Rechtsüberzeugungen, die insbesondere im Bereich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft deutlich zum Ausdruck kommt, ihre Ergebnisse auch rechtsvergleichend gewinnen und überprüfen müssen. Dazu bedarf es um so mehr auch der Vergleichung öffentlicher Rechte, je stärker die öffentliche Gewalt hoheitlich in den Rechtsverkehr eingreift.[1]

Das Ziel dieser Rechtsvergleichung beschränkt sich nicht auf eine Gegenüberstellung der in beiden Rechtsordnungen entwickelten Lösungsmöglichkeiten. Es soll vielmehr der Versuch unternommen werden, das deutsche Verwaltungsrecht unter Zuhilfenahme des französischen Verwaltungsrechts zu interpretieren.

Die Vergleichung der Rechtsschutzprobleme des deutschen und französischen Beamtenrechts soll dazu beitragen, für die eigene Rechtsordnung die sachlich überzeugendste Lösung herauszuarbeiten oder eine bereits gefundene Lösung zu bestätigen.[2]

Dabei soll es wesentlich darauf ankommen, durch die Kenntnis und die vergleichende Heranziehung des französischen Verwaltungsrechts neue Ansätze zu ermitteln und Anregungen zu geben, die zur Lösung der Rechtsschutzprobleme im deutschen Beamtenrecht beitragen könnten.

---

1 Kaiser, ZaöRV Bd. 24/3 (1964), S. 393
2 Strebel, ZaöRV Bd. 24/3 (1964), S. 405

II. Problemstellung

Das Grundproblem des Rechtsschutzes im Beamtenverhältnis ist die Frage, welche Akte innerhalb dieses Verhältnisses von Beamten zum Gegenstand eines Rechtsschutzverfahrens gemacht werden können.

Diese Frage hat im deutschen Verwaltungsrecht seit der Schaffung der Generalklausel in Rechtsprechung und Lehre insbesondere unter dem allgemeinen Aspekt der Einschränkung des Rechtsschutzes in den besonderen Gewaltverhältnissen zu zahlreichen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen[1] und verwaltungsrechtlichen Veröffentlichungen[2] geführt. Besonders eingehend hat sich die Staatsrechtslehrertagung im Jahre 1957 mit diesem Problem beschäftigt.[3] Einer befriedigenden Lösung dieses Rechtsschutzproblems, einer Rechtsauffassung, die Ausdruck einer allgemeinen Überzeugung ist, ist man bisher jedoch nicht nahe gekommen.

Die Literatur[4] geht überwiegend von der allgemeinen Zulässigkeit des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes aus. Die Rechtsprechung[5] gewährte bis in die jüngste Zeit unter Verwendung der begrifflichen Unterscheidung von Ule zwischen "Grund- und Betriebsverhältnis" Rechtsschutz durch eine Ausdehnung des Grundverhältnisses,

---

1 BverwGE 1, S. 260; 5, S. 113; 15, S. 251; 16, S. 343; 17, S. 41; Württ.-Bad VGH, DÖV 1948, S. 46; OVG Hamburg, DVBl. 1955, S. 29; OVG Münster, Verw.Rspr. 9, Nr. 97 u. Nr. 101; OVG Münster, ZBR 1962, S. 13

2 Kellner, DÖV 1963, S. 418; Spanner, DÖV 1963, S. 497; Leisner, DVBl. 1960, S. 617; Selb, DÖV 1965, S. 804; Selmer, DÖV 1968, S. 342; Holland, DVBl. 1968, S. 245; Fuß, DÖV 1972, S. 765

3 Ule, Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 148 ff.; Krüger daselbst, S. 126 ff.

4 Wolff, Verwaltungsrecht II, § 99 II c, § 101 V c; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 122 (Fußnote 2); Eyermann-Fröhler, Rd Nr. 47-52, § 42 VwGO; Redeker- von Oertzen, Rd Nr. 50, § 42 VwGO

5 BverwGE 5, S. 153; 8, S. 192; OVG Berlin, DVBl. 1959, S. 514; OVG Münster, OVGE 8, S. 136; ZBR 1966, S. 307

verneinte jedoch weitgehend die Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Klage gegen Akte im Betriebsverhältnis. In neueren Entscheidungen hat das Bundesverwaltungsgericht demgegenüber die Einordnung der dienstlichen Beurteilung des Beamten in die Kategorie des Verwaltungsaktes und damit auch in das Grundverhältnis ausdrücklich offengelassen und die Zulässigkeit des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes allein aus Art. 19 Abs. 4 GG hergeleitet.[1] Inwieweit hiermit ein Abrücken von der Unterscheidung zwischen Grund- und Betriebsverhältnis verbunden ist, läßt sich aus der genannten Entscheidung nicht entnehmen.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird zu überprüfen sein, ob die Unterscheidung zwischen Grund- und Betriebsverhältnis ein Schema darstellt, das dogmatisch begründbar ist und zu sachgerechten Ergebnissen bei der Rechtsschutzgewährung im Beamtenverhältnis führt und welche anderen Gesichtspunkte aus der rechtsvergleichenden Betrachtung möglicherweise hinzutreten.

Diese Untersuchung geht zunächst vom deutschen Verwaltungsrecht aus, versucht jedoch aus einer vergleichenden Darstellung der Rechtsschutzprobleme im deutschen und französischen Beamtenrecht insbesondere durch eine Überprüfung der Intensität des Rechtsschutzes im Einzelfall zu einer Klärung ungelöster Fragen beizutragen. Dabei werden die Akzente gegenüber der bisherigen Betrachtungsweise des deutschen Verwaltungsrechts verlagert, da zumindest teilweise im französischen Recht die vorhandenen Probleme weniger dogmatisch gelöst werden, sondern von der Rechtsprechung nach reinen Opportunitätserwägungen entschieden werden.

Die Rechtsprobleme sind im deutschen und französischen Beamtenrecht im Ergebnis die gleichen; alle Einzelfragen

---

1 BverwGE 28, S. 191

stehen in beiden Rechtsordnungen unter dem gemeinsamen Aspekt des Ausgleichs eines Spannungsverhältnisses. Dieses besteht zwischen dem funktionalen Gesichtspunkt der Effizienz staatlicher Aufgaben und dem persönlichen Aspekt der Individualrechte der Beamten.[1]

1. Teil: Beamtenverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis

I. Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses im deutschen Recht

Bemerkenswert ist, daß der Ausdruck "besonderes Gewaltverhältnis" in keinem Gesetz zu finden ist, die Verwaltungsrechtslehre aber bereits um 1845 das Staatsdienerverhältnis als "organisches Subjektionsverhältnis"[2] bezeichnete. Später befaßte sich Otto Mayer mit diesem Rechtsbegriff. Seine Untersuchungen führten zu der bekannten Definition des besonderen Gewaltverhältnisses als "die verschärfte Abhängigkeit, welche zugunsten eines bestimmten Zwecks öffentlicher Verwaltung begründet wird für alle einzelnen, die in den vorgesehenen besonderen Zusammenhang treten."[3]

Das besondere Gewaltverhältnis wird dem im Anschluß an Laband[4] so bezeichneten "allgemeinen Gewaltverhältnis" gegenübergestellt, in dem der einzelne zum Staat steht. Neben diesem allgemeinen Gewaltverhältnis ist den besonderen Gewaltverhältnissen die besondere Abhängigkeit zwischen dem einzelnen und der hoheitlichen Verwaltung gemeinsam[5], so unterschiedlich sie auch als

---

1 Selmer, DÖV 1968, S. 343; Wiese, Der Staatsdienst in der BRD, S. 6
2 Schmitthenner, Grundlinien, S. 275
3 Otto Mayer, Verwaltungsrecht, Bd 1, S. 101 ff. (102)
4 Staatsrecht, Bd. 1 (1911), S. 433
5 Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 121

Schul-, Beamten-, Gefangenen- oder Soldatenverhältnis ausgestaltet sein mögen. Laband vertrat die Auffassung, daß die Beamten als Glieder des einheitlichen Körpers Staat handeln, ihre Handlungen daher interne Akte und rechtlich irrelevant seien.[1] Demgegenüber machte Nawiasky geltend, daß die individuelle Rechtspersönlichkeit nicht teilbar sei, das besondere Gewaltverhältnis daher zu den Rechtsverhältnissen gehöre.[2]

Auf der Staatsrechtslehrertagung 1956 referierten Ule[3] und Krüger[4] über den Problemkreis des besonderen Gewaltverhältnisses. In letzter Zeit wird schon bei der Frage nach der terminologischen Beibehaltung des Begriffes "besonderes Gewaltverhältnis" die Meinung vertreten, diesen inhaltlosen Begriff eines bereits abgestorbenen oder im Absterben begriffenen Instituts[5] nicht mehr zu verwenden und die Theorie der Gewaltverhältnisse aufzugeben, da es unter der Herrschaft des Rechts keine Gewalt mehr geben dürfe:[6] Obermayer[7] hält den Begriff "besonderes Gewaltverhältnis" für reformbedürftig, Ule[8] will ihn durch den Ausdruck "besonderes Pflichtverhältnis", Schlochauer[9] durch den eines "besonderen Rechtsverhältnisses" ersetzen. Für Fuß[10] kann der Figur des besonderen Gewaltverhältnisses allenfalls ein soziologischer Erkenntniswert beigemessen werden, dieses "personale Kontaktverhältnis" habe in der Rechtswissenschaft keinen Platz mehr.

---

1 a.a.O., S. 80
2 Zitelmann Festschrift, S. 17
3 Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957) S. 109 ff.
4 Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957) S. 133 ff.
5 Köhl, ZBR 1957, S. 124
6 Spanner, DÖV 1963, S. 497
7 Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 19.7.1962, DÖV 1963, S. 29
8 Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957) S. 144
9 Öffentliches Recht (1957), S. 164
10 DÖV 1972, S. 765

Demgegenüber setzen sich insbesondere Kellner[1] und v. Münch[2] für die Beibehaltung des Begriffes "besonderes Gewaltverhältnis" ein. Dieser Begriff könne deshalb weiter verwendet werden, weil er sich inhaltlich gewandelt habe. Aus der Wandlung vom rechtsfreien Raum zur Anerkennung des besonderen Gewaltverhältnisses als Rechtsverhältnis schlechthin folge nämlich, daß dieser Begriff gegenwärtig durchaus mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar sei; im übrigen sei es im Interesse der Vermeidung einer Sprachverwirrung geboten, an dem Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses festzuhalten.[3]

Im Hinblick auf die rein terminologische Frage ist diese Begründung zutreffend, der Ausdruck "Gewalt" steht nämlich nicht notwendig im Gegensatz zum "Recht", sondern er soll nur den überwiegenden Willen des Staates bezeichnen.[4] So stellt auch Ule[5] fest, daß mit gleichem Recht die Begriffe Gewaltenteilung oder Staatsgewalt gerügt werden können. Im übrigen gibt es rechtsstaatlich sanktionierte Gewalt im Bereich der polizeilichen Anwendung unmittelbaren Zwangs, die in bestimmten Fällen rechtlich nicht angreifbar ist. Auch die elterliche Gewalt ist nach heutiger Anschauung eine rechtlich geordnete "Gewalt", die nicht im Gegensatz zum Recht steht, sondern mit diesem vereinbar ist.

An dem terminologischen Begriff "besonderes Gewaltverhältnis" kann daher unter der Voraussetzung festgehalten werden, daß dieser Ausdruck in einem richtig verstandenen, unter der Herrschaft des Rechts, gewandelten Sinne verwendet wird.

Viel wesentlicher als die terminologische Streitfrage ist die sachliche Rechtfertigung der Lehre von dem "besonderen Gewaltverhältnis". Die Einbettung vielfältiger einzelner Verhältnisse in eine solche Lehre erweist sich

---

1 DÖV 1963, S. 419; vgl. auch Jesch, Gesetz u. Verwaltung, S. 6, Brohm, DÖV 1964, S. 238
2 ZBR 1959, S. 209, vgl. auch Sellschopp, DÖV 1971, S. 413
3 Kellner, DÖV 1963, S. 419
4 Köhl, Diss., S. 29
5 Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 144

dann als wenig sinnvoll, wenn dadurch die unterschiedlichen Einzelprobleme so sehr verallgemeinert werden, daß der Oberbegriff "besonderes Gewaltverhältnis" sich auf die terminologische Zuordnung reduziert. Auch die zunehmende positivrechtliche Regelung wichtigster "besonderer Gewaltverhältnisse" ist ein Indiz dafür, daß es entbehrlich wird, aus diesem Begriff allgemeine Rechtssätze abzuleiten. Die Zusammenfassung so heterogener Rechtsverhältnisse wie des Beamten-, Schul-, Soldaten-, Strafgefangenen- und Anstaltsbenutzungsverhältnisses zu einem gemeinsamen Oberbegriff "besonderes Gewaltverhältnis" führt in der Tat zu begrifflichen Schwierigkeiten. Die Rechte eines Beamten, Schülers, Soldaten, Strafgefangenen oder Anstaltsbenutzers sind wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung nicht mehr in einheitliche Kategorien einzuordnen. Diese verschieden strukturierten Tatbestände bilden keine ähnlich geartete und zusammenfaßbare Gruppe von Rechtsverhältnissen; die Zweckmäßigkeit einer gemeinsamen Betrachtung aller "besonderen Gewaltverhältnisse" ist fragwürdig geworden.[1]

Damit wird der Begriff des"besonderen Gewaltverhältnisses" zu einem reinen "Arbeitsbegriff"[2] oder "Hilfsbegriff"[3], der lediglich als Gedankenschöpfung der Wissenschaft anzusehen ist.[4]

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung soll der Begriff des "besonderen Gewaltverhältnisses" deshalb nur als Arbeitsbegriff verwendet werden.

---

1 Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 70, Fußnote 16; Stein, Weisungsrecht, S. 13; Ule, Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 220; Wiese, Der Staatsdienst in der BRD, S. 102, 103; Fuß, DÖV 1972, S. 765; a.M. Leisner, DVBl. 1960, S. 618

2 v. Münch, Diss., S. 16; derselbe, Meinungsäußerung des Beamten, ZBR 1959, S. 209

3 Thieme, a.a.O., S. 70

4 Scheffer, S. 18; Thieme, a.a.O.

II. Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses im französischen Recht

Bei der Betrachtung des französischen Verwaltungsrechts fällt es schwer, eine Formel oder einen entsprechenden Begriff zu finden, der dem deutschen Begriff des "besonderen Gewaltverhältnisses" entspricht.[1]

Ähnlich wie auch im österreichischen Verwaltungsrecht[2] ist ein derartiger Begriff weder in der Terminologie der Verwaltungsrechtswissenschaft noch in der Sprache der französischen Rechtspraxis heimisch. Das Fehlen der Erfassung der Gemeinsamkeit verschiedener Rechtsverhältnisse durch einen institutionellen Begriff ist bezeichnend und ein Anzeichen dafür, daß seine Herausarbeitung in Frankreich deshalb unterblieben ist, weil die Vielfältigkeit der Einzelprobleme in diesen Rechtsverhältnissen deren Einordnung in die allgemeine Kategorie eines "besonderen Gewaltverhältnisses" zur Lösung der Rechtsprobleme nicht entscheidend beiträgt.

Vielmehr wird die Unterscheidung zwischen allgemeinem und besonderem Gewaltverhältnis im deutschen Verwaltungsrecht von der französischen Verwaltungsrechtslehre als merkwürdig bezeichnet: Die Lehre von dem "besonderen Gewaltverhältnis" biete einen "dunklen und rätselhaften" Anblick.[3]

Daraus folgt jedoch nicht, daß nicht auch in Frankreich Rechtsverhältnisse vorhanden wären, die in ihrer rechtlichen Erfassung und Einordnung den im deutschen Recht so bezeichneten "besonderen Gewaltverhältnissen" entsprächen. Es gibt, wie in Deutschland, das Beamten- oder Soldatenverhältnis mit einem öffentlich-rechtlichen Status. Hauriou[4] und Siorat[5] bezeichnen den Beamten

---

1 Tiedemann, S. 108; Dame, S. 119; Fuß, DÖV 1972 S. 765
2 Ermacora, DÖV 1956, S. 529
3 Fromont, Rechtsschutz, S. 111 (Fußnote 8)
4 Précis élémentaire, S. 73
5 R.D.P. 1960, S. 461; vgl. auch Biays, D. 1954, chron.S. 105

als einen "citoyen spécial", Catherine[1] spricht von einer besonderen Stellung des Beamten im Staat, Janot[2] betont, der Beamte befinde sich in einer abhängigen, dienenden Position und sei vor allem ein Werkzeug der staatlichen Macht. De Laubadère[3] sieht die Stellung des Beamten heute mehr von einer "gemäßigten Subordination" geprägt. Andere beamtenrechtliche Abhandlungen[4] gehen ebenfalls von einem besonderen Status der Beamten aus.

Alle diese Betrachtungsweisen der rechtlichen Ausgestaltung des französischen Beamtenverhältnisses kommen den Vorstellungen des deutschen Verwaltungsrechts nahe. Das Beamtenverhältnis wird auch in Frankreich aus dem allgemeinen Verhältnis des Bürgers zum Staat herausgehoben; der Beamte ist ein "besonderer Bürger", der in einer besonderen Abhängigkeit zum Staat steht. Diese Eigenart des Beamtenverhältnisses wird jedoch in Frankreich gesondert betrachtet; es ist im französischen Verwaltungsrecht keine Lehre von "dem besonderen Gewaltverhältnis" entwickelt worden, die nicht nur das Beamten-, sondern auch das Schul-, Soldaten-, Strafgefangenen- und Anstaltsbenutzungsverhältnis in bestimmten Grundprinzipien zusammenfaßte.

Das Fehlen einer Lehre von "dem besonderen Gewaltverhältnis" im französischen Recht stützt somit die Feststellung im Bereich des deutschen Rechts, daß der Begriff

---

1 Fonctionnaire français (1961), S. 19: "Notre fonctionnaire actuel a donc une situation particulière dans l'Etat et par rapport à l'Etat.
2 AöR 81 (1956), S. 425
3 Droit adm., II, S. 37 : "L'idée générale du régime français de la fonction publique est celle d'une subordination atténuée."
4 Silvera, Fonction publique, S. 17 : "La conception française d'une fonction publique qui, en raison de ses sujétions spéciales, s'exprime par un maître-mot: particularisme; ähnliche Formulierungen bei; Auby-Ducos-Ader, précis, S. 5

des "besonderen Gewaltverhältnisses" im Rahmen dieser Untersuchung nur als "Arbeitsbegriff" angesehen werden kann. Die Tatsache, daß eine sehr entwickelte und traditionsreiche Verwaltungsrechtswissenschaft und -praxis in Frankreich auf den Begriff des "besonderen Gewaltverhältnisses" oder einen ähnlichen Begriff nicht zurückzugreifen brauchte, läßt die Kritik an der Lehre von dem "besonderen Gewaltverhältnis" als gerechtfertigt erscheinen, denn die ausgeprägten Unterschiede zwischen den einzelnen "besonderen Gewaltverhältnissen" erfordern nicht deren Zusammenfassung in dem Oberbegriff "besonderes Gewaltverhältnis".

Dabei wird nicht verkannt, daß sowohl in Deutschland als auch in Frankreich das Beamtenverhältnis in seiner konkreten Ausgestaltung sich von dem allgemeinen Verhältnis des Bürgers zum Staat unterscheidet. Es wird Gegenstand dieser Arbeit sein, die hieraus sich ergebenden Folgen für den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz des Beamten zu analysieren.

2. Teil: Grundzüge des deutschen und französischen Beamtenrechts der Gegenwart

I. Beamtenverhältnis im deutschen Recht

Art. 33 ist die entscheidende Vorschrift des Grundgesetzes über das Beamtentum, die der in einigen Bundesländern[1] nach dem zweiten Weltkrieg verfassungsrechtlich vorgesehenen Abschaffung des Berufsbeamtentums ein Ende bereitete.

Das Beamtenrecht ist seitdem in zahlreichen Bundes- und Landesgesetzen neu kodifiziert worden. Rahmenvorschriften für die Landesgesetzgeber (§§ 1 - 120) und unmittelbar geltende Vorschriften für alle Bundes- und Landesbeamten (§§ 121 - 133) enthält das Beamtenrechtsrahmengesetz, während das Bundesbeamtengesetz nur für die Bundesbeamten gilt.

In den Beamtengesetzen werden die Rechte und Pflichten der Beamten eingehend geregelt; alle Klagen aus dem Beamtenverhältnis sind mit Ausnahme der disziplinarrechtlichen Angelegenheiten dem Verwaltungsrechtsweg zugewiesen.[2]

Das Beamtenverhältnis ist ein verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis, das durch formgebundenen, zustimmungsbedürftigen Staatshoheitsakt mit der Aushändigung der Ernennungsurkunde begründet wird.[3] Die Ernennung zum Beamten steht als öffentlich-rechtlicher Hoheitsakt im Gegensatz zur Einstellung der Angestellten und Arbeiter in den öffentlichen Dienst, die weitgehend privatrechtlichen Grundsätzen unterliegt.

---

1 so in Hessen, Bremen und Berlin; vgl.: Hess. Beamtengesetz vom 12.11.1946 (GVBl. S.205);die Neufassung des HBG vom 11.11.1954 (GVBl. S.239) hat dann dem Art. 33 GG Rechnung getragen.
2 §§ 126 BRRG und 172 BBG
3 Wolff II, § 109 III a (S.424);Scheerbarth, S.116

Der Inhalt des Beamtenverhältnisses wird in der Regel durch die Anstellung näher bestimmt und kann im Laufe der Dienstzeit des Beamten unter Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen geändert werden.[1]

Die Anstellung ist die Ernennung des eingestellten Beamten unter erster Verleihung eines Amtes im dienstrechtlichen Sinne.[2] Der Beamte kann das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis jederzeit lösen, der Dienstherr ist dabei an bestimmte gesetzliche Voraussetzungen und im allgemeinen an ein förmliches Verfahren gebunden. Dazu gehört ein besonderes, rechtsstaatlich gestaltetes Disziplinarverfahrensrecht. Für die im öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehenden Beamten gilt der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG; danach ist die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Beamten zu übertragen. Art. 33 Abs. 1 GG beinhaltet die institutionelle Garantie der "Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums". In Art. 33 Abs. 2 GG statuiert das Grundgesetz das allgemeine Leistungs- und Eignungsprinzip, in Art. 33 Abs. 3 das Gleichheits- und Neutralitätsprinzip.[3]
Art. 137 GG verbietet den öffentlich-rechtlichen Dienstnehmern in der Regel, zugleich Abgeordnete in einer Vertretungskörperschaft ihres Dienstherrn zu sein.
Von besonderer Bedeutung ist insbesondere in der jüngsten Zeit die Pflicht des Beamten, "durch sein gesamtes Verhalten, sich zu der freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes zu bekennen und für deren Einhaltung einzutreten".[4]

Als weitere besondere Pflichten des Beamten sind im Rahmen dieser Untersuchung von Bedeutung: die Pflicht

---

1 § 59 BRRG
2 Wolff II, § 112 I a 1 (S.443)
3 Dieses Prinzip wird aus Art. 33 Abs.3 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2, Art. 33 Abs.5 und Art. 130 Abs.1 WRV hergeleitet.
4 §§ 35 Abs. 1 BRRG, 52 Abs. 2 BBG

zur Mäßigung und Zurückhaltung bei politischer Betätigung[1], die Gehorsamspflicht[2], die Pflicht zur Verschwiegenheit[3] und zur Leistung eines Diensteides[4].

Das Beamtenverhältnis in seiner traditionellen Ausgestaltung wird in der letzten Zeit mehr und mehr einer kritischen Betrachtung unterzogen[5]. Die Frage nach einer Umgestaltung der Organisation des öffentlichen Dienstes bleibt hier außer Betracht. Die Kritik am Beamtenverhältnis wird nur im Zusammenhang mit den Rechtsschutzproblemen im Beamtenverhältnis gewürdigt. Die grundsätzliche Diskussion über den Status der Beamten und eine Reform des gesamten öffentlichen Dienstes geht über den Rahmen der vorliegenden Untersuchung hinaus. Rechtsschutzfragen werden vor allem dann tangiert, wenn das öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis der Kritik ausgesetzt wird. Es wird insoweit vor allem geltend gemacht, der moderne Beamte repräsentiere nicht mehr als Angehöriger eines Standes den Staat, an die Stelle des notwendig auf den Monarchen bezogenen Treueverhältnisses sei eine allgemeine Loyalitätspflicht zum demokratischen, unpersönlichen Staat getreten[6], das personenrechtliche Band zwischen dem Dienstherrn und dem Beamten sei zerschnitten und stelle im übrigen nur noch eine "romantische Rückerinnerung" an die Ableitung des Beamtenverhältnisses aus der Kommendation des Lehensrechts dar[7]. Aus der Absage an ein ganz persönliches Treueverhältnis, als dem Ausdruck eines irrationalen Gedankens[8], folge ein größerer Raum an persönlicher Freiheit. Die Vorstellung, der Beamte sei "immer im Dienst"[9], sei überholt.

---

1 §§ 35 Abs.2 BRRG, 53 BBG
2 §§ 37 BRRG, 55 BBG
3 §§ 39 Abs. 1 BRRG, 61 BBG
4 §§ 40 BRRG, 58 BBG
5 Thieme, Verhandl. des 48. D.J.T., 1970, Bd. I, S. D. 13; Neeße, ZBR 1967,S.39
6 Hoffmann, AöR 91 (1966), S.141;Kröger, AöR 88 (1963), S.125; Juncker, ZBR 1967,S.68
7 Malz, ZBR 1964,S.98;Kröger,a.a.O.,S.135;Thieme,Der Beamte,ZBR 1960, S.170
8 Kröger,a.a.O.,S.135
9 v.Münch,Meinungsäußerung,ZBR 1959,S.210;Malz,a.a.O.,S.100

Der Wegfall der personalen Bezüge hat nach dieser Auffassung gleichzeitig die Versachlichung und Verrechtlichung des Beamtenverhältnisses zur Folge[1], die Kritik am personengebundenen Treueverhältnis wird daher um eines größeren Rechtsschutzes willen geübt. Die Auswirkungen dieser kritischen Betrachtung des öffentlich-rechtlichen Treueverhältnisses werden im einzelnen noch untersucht.

Ein weiterer Ansatzpunkt der Kritik richtete sich schon sehr früh gegen die Beibehaltung der Trennung zwischen Arbeitsrecht und öffentlichem Dienstrecht. Forsthoff stellte schon in den Jahren 1951 und 1954 die Frage, ob nicht die Überführung des Beamtenrechts in das Arbeitsrecht eine stärkere Verrechtlichung bewirken könne.[2] Mit der Veränderung der Struktur des öffentlichen Dienstes nach den beiden Weltkriegen durch die vielfältigen Aufgaben der modernen Leistungsverwaltung haben arbeitsrechtliche Vorstellungen Eingang in das Beamtenrecht gefunden. Dabei geht es jedoch in der Gegenwart im wesentlichen darum, dem Beamten die materiellen Vorteile des Arbeitsrechts nicht vorzuenthalten.[3] Die besondere Problematik dieser Angleichung des Beamtenrechts an das allgemeine Arbeitsrecht liegt in den dabei rivalisierenden und schwer miteinander in Einklang zu bringenden Prinzipien des Sozialstaats auf der einen Seite und der Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums auf der anderen Seite. Das bestehende Spannungsverhältnis dieser beiden Strukturprinzipien läßt sich nicht einseitig zugunsten des Sozialstaatsprinzips auflösen, da das Grundgesetz dem Beamtentum eine unveräußerliche Funktion zuweist. Das Bundesverfassungsgericht hat diese

---

1 Ule, Entwicklungstendenzen, Juristenjahrbuch 1961/1962, Bd.2,S.215; Hoffmann, AöR 91 (1966), S.179

2 Forsthoff, Prolegomena, DÖV 1951,S.461;Forsthoff, Berufsbeamtentum, DVBl.1954, S.72

3 Siburg, ZBR 1967,S.291

Funktion eindeutig herausgestellt, indem es ausführte: "das Beamtentum ist nach dem Willen des Grundgesetzes eine Institution, die gegründet auf Sachwissen, fachliche Leistung und loyale Pflichterfüllung, eine stabile Verwaltung sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften darstellen soll"[1].

Manche Errungenschaften des modernen Arbeitsrechtes gefährden die besondere Funktion des Beamtentums nicht. Das von der Verfassung aufgestellte Prinzip der Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums verhindert jedoch, daß aus dem Beamten ein Arbeitnehmer wird.

---

1 BverfGE 7, S.162
2 Thieme, Der Beamte, ZBR 1960,S.173 (174)

II. Beamtenverhältnis im französischen Recht

1. Begriff des Beamten

Der französische Beamtenbegriff geht zurück auf die Rechtsprechung. Die begriffliche Erfassung des öffentlichen Bediensteten wird damit schwieriger als im deutschen Recht. Es gibt zwar die Begriffsbestimmung des Art. 1 des "Statut de la Fonction Publique" vom 4.2.1959[1], wonach Beamter ist, wer unter Verleihung eines Dienstgrades auf Dauer in eine Planstelle der staatlichen Zentralverwaltung, deren Außenstellen oder der öffentlich-rechtlichen Körperschaften eingewiesen worden ist[2] und vom Beamtenbegriff die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die Angehörigen der Armee sowie die Bediensteten der staatlichen Einrichtungen, die gewerblichen Zwecken dienen, ausdrücklich ausgenommen werden. Dabei ist jedoch die Abgrenzung zwischen den Bediensteten der staatlichen öffentlichen Betriebe, deren Anstellungsverhältnis privatrechtlicher Natur ist und den "agents publics" (öffentliche Bedienstete), deren Dienstverhältnis öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist, im Einzelfall schwierig. Der Rechtsprechung gelang es, ein brauchbares Abgrenzungskriterium herauszuarbeiten. Danach ist ein Bediensteter dann ein "agent public", wenn seine Tätigkeit in der Ausübung einer "activité de service public" besteht. Der Begriff des "service public" wird durch ein materielles und ein funktionelles Kriterium bestimmt.[3] "Service public" ist danach jede Betätigung der Exekutive oder einer von ihr abhängigen juristischen oder natürlichen Person mit dem Ziel, die im öffentlichen Interesse liegenden allgemeinen

---

1 Ordonnance N° 59-244 du 4 février 1959, statut général des fonctionnaires, J.O., S. 1747

2 Art.1 Abs.1: "Le présent statut s'applique aux personnes qui, nommées dans un emploi permanent, ont été titularisées dans un grade de la hiérarchie des administrations centrales de l'Etat, des services extérieurs en dépendant ou des établissements publics de l'Etat".

3 C.E.4-6-1954, Affortit et Vingtain, Rec.342, concl. Chardeau; zum Begriff des "service public" vgl.: Lücking, S.17 f.; Lanz, S.41 ff.

Bedürfnisse zu befriedigen. Das mit untergeordneter Tätigkeit betraute Personal ("le petit personnel d'exécution") wird hiervon jedoch ausdrücklich ausgenommen.

2. Anwendungsbereich des Beamtengesetzes von 1959

Das Beamtengesetz von 1959 ("Statut général des Fonctionnaires") löste das Gesetz von 1946 ab; das neue Gesetz ist vor allem deshalb erlassen worden, weil mit ihm den durch die Verfassung von 1958 neu geschaffenen Grundsätzen Rechnung getragen werden sollte. Art. 34 der französischen Verfassung von 1958 grenzt innerhalb des Beamtenrechts die dem Gesetzgeber vorbehaltenen Bereiche von den Materien neu ab, die durch Verordnungen geregelt werden können. Danach sind die Regeln, die dem Beamten fundamentale Garantien gewähren, gesetzlich festzulegen, während der übrige Bereich im Verordnungswege ausgestaltet werden kann. Dementsprechend gliedert sich das Beamtengesetz von 1959 in einen legislativen und in einen verordnungsrechtlichen Teil[1] ("une partie législative et une partie réglementaire").

Neben der gesetzlichen Regelung des Beamtenstatuts von 1959 sind am 14.2.1959 sechs Verordnungen erlassen worden, die die beamtenrechtlichen Vorschriften des Statuts vervollständigen. Diese sechs Verordnungen enthalten Vorschriften über den Höheren Rat des öffentlichen Dienstes ("Conseil Supérieur de la Fonction Publique"), die paritätisch besetzten Verwaltungsausschüsse ("commissions administratives paritaires"), die Beurteilungen und Beförderungen der Beamten, die Übernahme und Aufgabe von Stellen, die körperliche Eignung für den Dienst, die Urlaubs- und Gesundheitsausschüsse sowie das Disziplinarverfahren. Neben diesen sechs Verordnungen regelt die Verordnung vom 21.3.1959 die Ausgestaltung der höchsten Ämter, bei deren Auswahl die Verwaltung ein freies Ermessen hat.[2]

---

1 und 2 Laubadère II, S.30 u.31

Bei dem Erlaß des Beamtenstatuts von 1959 mußte der Gesetzgeber die Schwierigkeit meistern, die verschiedenartigen Beamtenkategorien einer allgemeinen Regelung zu unterwerfen. Dabei waren auf der einen Seite gesetzlich festgelegte Garantien notwendig, die eine gewisse Stabilität gewährleisten, auf der anderen Seite war es unerläßlich, den Anwendungsbereich des allgemeinen Beamtenstatuts einzuschränken. Eine solche Einschränkung ist in Art.1 Abs.2 des Gesetzes von 1959 geregelt, und zwar mit dem Ausschluß der Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit, der Soldaten und der Bediensteten der staatlichen Industrie- und Handelsbetriebe.[1] Daneben ermöglicht Art. 2 des Beamtenstatuts durch im Verordnungswege zu erlassende Einzelstatute ("statuts particuliers") vom allgemeinen Beamtengesetz abzuweichen. Von diesen Ausnahmen abgesehen gilt das allgemeine Beamtenstatut für alle Beamte.

3. Rechtliche Stellung des Beamten

Zunächst sind Literatur[2] und auch die Rechtsprechung des Conseil d'Etat[3] von der vertraglichen Begründung des Beamtenverhältnisses ausgegangen. Danach waren die Beamten durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit dem Staat verbunden. Dem ist jedoch entgegengehalten worden, daß die Pflichten und Rechte des Beamten gesetzlich festgelegt seien und im allgemeinen weder vom Beamten noch von der Verwaltung durch Einzelvereinbarung modifiziert werden könnten.[4] Der Conseil d'Etat folgte dieser Kritik in der Entscheidung "Minaire"[5].

Die Auseinandersetzung um die Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses hat heute nur mehr historische Bedeutung:

---

1 Ruzié, D.1959, chron.S.87
2 vgl.: Grégoire, S.32 und 33 mit weiteren Nachweisen
3 C.E.7-8-1909, Winkell, Rec.826, concl.Tardieu, Sirey 1909.3.145, note Hauriou
4 Lafferrière, S.619; vgl.: Teissier, de la responsabilité de la puissance publique, Nr.195, zit. nach Tardieu, a.a.O.,S.150; Grégoire, S.33; Plantey I, S.14 und 15
5 C.E.22-10-1937, D.1938.3.49

Nach Art. 5 des Beamtengesetzes von 1959 ist Beamter, wer sich gegenüber der Verwaltung in einer durch das Beamtenrecht abschließend geregelten, spezifischen Rechtsstellung befindet.[1] Als Ausnahme von diesem Grundsatz wird einer kleinen Gruppe von Beamten die Eigenschaft eines "Vertragsbeamten" ("fonctionnaire contractuel") zuerkannt.[2] Diese Vertragsbeamten schließen mit der Verwaltung einen öffentlich-rechtlichen Vertrag.[3] Während es sich hierbei früher im wesentlichen um Bedienstete in den Kolonien handelte, werden heute Vertragsbeamte z.B. im Gesundheitswesen eingestellt oder mit technischen Funktionen betraut.[4] Von dieser Ausnahme abgesehen, ergeben sich aus der statusrechtlichen, durch öffentlich-rechtliche Rechtssätze geregelten Stellung des Beamten drei Rechtsfolgen, an denen die Rechtsprechung schon seit geraumer Zeit festhält. Erstens: Der Inhalt des Beamtenverhältnisses wird im voraus durch Gesetz und allgemeine Rechtssätze bestimmt, er ist deshalb für alle zu einer bestimmten Kategorie gehörenden Beamten notwendig gleich. Einzelvereinbarungen zwischen der Verwaltung und einem Beamten sind rechtlich nicht wirksam.[5] Zweitens: Die Rechte und Pflichten des Beamten können jederzeit einseitig durch den Dienstherrn inhaltlich verändert werden. Der Beamte kann sich demgegenüber nicht auf "wohlerworbene Rechte" ("droits acquis") berufen.[6] Es gibt also im französischen Beamtenrecht keine den Art. 33 Abs. 5 GG und 129 WRV entsprechende Regelung. Drittens: Der Beamte kann Anfechtungsklage ("recours pour excès de pouvoir") gegen die Verwaltungsentscheidungen erheben, die eine Gesetzesverletzung im Hinblick auf seine

---

1 Art.5: "Le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire".
2 C.E.26-1-1923, Lafrégeyre Rec.67; C.E.24-1-1947, Joly, Rec.27; C.E. 8-12-1948, Dlle Pasteau, Sirey 1949.3.43; C.E.15-3-1967, Lawrowsky, A.J.D.A. 1967,S.553; C.E.25-2-1970, dame Vey,A.J.D.A.197o,S.523
3 Rivero, note zu C.E.8-12-1948, Dlle Pasteau, Sirey 1949.3.42
4 Auby-Ducos-Ader, précis, S.33
5 C.E.25-10-1939, Portebois, D.1939.3.57, note Bienvenue;C.E.5-6-1946, Henry, Rec.411; C.E.5-10-1945,Thurquet, Sirey 1947.3.55.
6 C.E.24-12-1937, Villeneuve, Rec.185; C.E.24-3-1944, Toutée, Rec.104

statusrechtliche Stellung beinhalten. Im einzelnen wird noch zu erörtern sein, wann der Beamte in seiner Rechtsstellung betroffen ist.

4. Moderne Konzeption des französischen Beamtenrechts

Das französische Beamtenverhältnis wird geprägt von einer gemäßigten Unterordnung ("subordination atténuée")[1], die einerseits die Befugnisse der Dienstvorgesetzten begrenzter erscheinen läßt und andererseits die untergeordneten Beamten mit rechtlichen Garantien ausstattet. Dieses System der "subordination atténuée" hat die autoritäre Konzeption des Beamtenverhältnisses des 19. Jahrhunderts ersetzt und versucht gleichzeitig, die beiden widerstreitenden Elemente des Beamtenrechts miteinander in Einklang zu bringen, nämlich die Gewährung rechtlicher Garantien und die Erfordernisse des Dienstes. In diesen beiden Elementen spiegelt sich die Weiterentwicklung des Beamtenrechts wider. Das Vorhandensein gesetzlich bestimmter,"statutarischer" Rechte, die Einschränkung der Weisungsbefugnisse der Dienstvorgesetzten, die Entwicklung der Grundfreiheiten der Beamten und des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes im Beamtenverhältnis sind Ausdruck erweiterter Rechtsgarantien des Beamten.[2]

Im Hinblick auf die Erfordernisse der Verwaltungshierarchie erscheint die Stellung des Beamten auch heute noch als von der Autorität des Staates und der öffentlichen Gewalt her geprägt. Der Beamte ist in den hierarchischen Aufbau des Staates eingefügt. Die rechtliche Stellung des Beamten im Staat ist komplexer Natur. Janot[3] bringt dies darin zum Ausdruck, daß er den Beamten einmal als Verwalter bezeichnet, der den Staat verkörpert, in ihm aber gleichzeitig auch einen mit individuellen Rechtsgarantien ausgestatteten

---

1 Laubadère II, S.37; Ruzié, D.1959, chron. S.85; Silvera,Fonction publique, S.19
2 Plantey I, S.148 ff; Plantey II, S.942 ff; Burdeau, Libertés publiques, S.235; Colliard, S.325
3 AöR 81 (1956), S.425

Bürger sieht, der sich darüber hinaus seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts in wachsendem Maße als Arbeitnehmer fühlt.[1]

Die Entwicklung in Frankreich ähnelt also der deutschen Entwicklung. Allerdings ist das "Arbeitnehmerbewußtsein" des französischen Beamten bereits früher und auch intensiver als in Deutschland hervorgetreten.

5. Struktur des öffentlichen Dienstes

Die interne Struktur des öffentlichen Dienstes wird von der Gliederung der Beamten in die Beamtencorps beherrscht. Nach Art. 17 des Beamtenstatuts von 1959 gehören zu den "corps" die Beamten, die dem gleichen Einzelstatut unterliegen und für deren Laufbahn die gleichen Anstellungs- und Aufstiegsbedingungen gelten. So gibt es zum Beispiel das "corps" der leitenden Beamten der zivilen staatlichen Zentralverwaltung oder verschiedene "corps" im Bereich der Unterrichtsverwaltung.

Die "corps" setzen sich aus mehreren Dienstgradgruppen zusammen. Der Begriff des Dienstgrades wird durch Art. 28 des Statuts von 1959 definiert als "der Titel, welcher seine Inhaber dazu befähigt, eine der ihnen vorbehaltenen Stellen zu besetzen.[2]

Wenn auch in Frankreich der Grundsatz der Trennung zwischen Dienstgrad und Amt ("distinction entre le grade et l'emploi") seit 1946 für alle Beamte gilt,[3] so besteht dennoch ein Zusammenhang zwischen beiden Begriffen: Inner-

---

1 Plantey I, S.16

2 Art.28 I : "Le grade est le titre qui confère à ses bénéficiaires vocation à occuper l'un des emplois qui leur sont réservés."

3 Nach einem älteren Gesetz vom 19.5.1834 war das Prinzip der Trennung zwischen Dienstgrad und Amt auf Offiziere beschränkt. In der Verordnung vom 9.10.1945 wurde es auf die "administrateurs civils" (Abteilungsdirektoren) ausgedehnt und gilt seit dem Inkrafttreten des Beamtengesetzes vom 19.10.1946 für alle Beamte, vgl. hierzu insbebesondere: Savy, D.1968, chron. S.131; Grégoire, S.119 f.

halb eines "corps" ist die Anzahl der Dienstgrade nämlich von der unterschiedlichen Ausgestaltung und der hierarchischen Gliederung der Ämter abhängig. Die Dienstgrade selbst bestehen aus verschiedenen Gehaltsstufen ("échelons").[1]

Innerhalb der "corps" wird eine weitere Aufteilung in vier Kategorien vorgenommen, die den unterschiedlichen Funktionen entspricht. Zur Kategorie A gehören die leitenden Beamten, zu B jene, die mit der Anwendung der Gesetze betraut sind, und zu den Kategorien C und D die ausführenden Beamten. Nach dieser Einteilung richten sich die Anstellungsbedingungen und die Besoldung der Beamten.

Der Beamte tritt in sein "corps" ein, wenn ihm ein Amt verliehen wird. Innerhalb dieses "corps" erfolgen die Beförderungen zu höheren Dienstgraden und das Aufsteigen im Gehalt. Wenn der Beamte aus seinem ursprünglichen "corps" ausscheidet, dann behält er in aller Regel nicht die darin erworbenen Rechte.[2]

6. Allgemeine Organisation des öffentlichen Dienstes

Das Beamtengesetz von 1959 hat eine allgemeine Organisation des öffentlichen Dienstes geschaffen, die über den einzelnen Verwaltungszweigen steht und Verwaltungsorgane sowie beratende Ausschüsse enthält.

Die Untersuchung der Probleme des öffentlichen Dienstes ist einem besonderen Organ anvertraut, der allgemeinen Direktion der Verwaltung und des öffentlichen Dienstes ("direction générale de l'administration et de la fonction publique"). Dieses Organ ist direkt dem Ministerpräsidenten unterstellt und hat die Aufgabe, den Anwendungsbereich des Beamtengesetzes im Rahmen

---

1 Art.26 ff des Beamtenstatuts von 1959
2 C.E.4-7-1951, Rochefort, Rec.390

einer allgemeinen Kontrollbefugnis festzulegen und die im Bereich des öffentlichen Dienstes bestehenden Arbeitsmethoden zu vervollkommnen und die Organisation zu verbessern.

Die beratenden Organe bestehen aus einem Zentralorgan, dem "Höheren Rat des öffentlichen Dienstes" ("Conseil supérieur de la fonction publique") und den Sonderorganen, den paritätisch besetzten Verwaltungsausschüssen ("commissions administratives paritaires"). Diese Ausschüsse dienen der Wahrnehmung der Interessen der Beamten. Ihre Befugnisse beschränken sich jedoch auf das Recht zur Stellungnahme zu bestimmten Einzelentscheidungen wie Versetzung, Beförderung oder Verhängung von Disziplinarstrafen.[1]

Diese Ausschüsse setzen sich paritätisch aus Vertretern der Verwaltung und des Dienstpersonals zusammen. Wenn auch die "commissions administratives paritaires" bei allen schwerwiegenden Disziplinarstrafen gehört werden müssen und der Beamte Zeugen vor diese laden lassen kann und sich einen Verteidiger als Beistand heranziehen kann,[2] so haben diese Ausschüsse keine echten Mitbestimmungsrechte, sondern lediglich beratende und vermittelnde Funktionen.

---

1 Auby-Ducos-Ader, précis, S. 53, 54
2 Janot, AöR 81 (1956), S. 437

3. Teil: Grundzüge des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes des deutschen Beamten

Art. 19 Abs. 4 ist die zentrale Vorschrift des Grundgesetzes, die den Umfang des Rechtsschutzes gegen Akte der öffentlichen Gewalt bestimmt. Diese grundlegende Norm garantiert einen lückenlosen Rechtsschutz; die allgemeine Rechtsstellung des einzelnen gegenüber der Verwaltung hat durch Art. 19 Abs. 4 GG eine durchgreifende Änderung erfahren.[1]

§ 126 BRRG eröffnet den Verwaltungsrechtsweg für alle Klagen aus dem Beamtenverhältnis. Diese eindeutigen Regelungen scheinen jeglicher Einschränkung des Rechtsschutzes im Beamtenverhältnis entgegenzustehen. Doch auch gegenwärtig kann es noch als herrschende Auffassung angesehen werden, daß bestimmte Maßnahmen im Beamtenverhältnis gerichtlich nicht überprüfbar sind. Dies folgt vor allem aus der Beibehaltung der Lehre von "den besonderen Gewaltverhältnissen", mit deren Hilfe es lange Zeit möglich war, alle Maßnahmen im Internbereich der Verwaltung vom Rechtsschutz auszuschließen und noch heute zumindest einen Teilbereich von der Anfechtung auszunehmen.[2]
Im Hintergrund dieser Rechtsschutzeinschränkung steht die Befürchtung, eine umfassende gerichtliche Kontrolle führe zu einer empfindlichen Störung des ordnungsmäßigen Ganges der Verwaltung[3] und werde eine hoffnungslose Überlastung der Verwaltungsgerichte zur Folge haben.[4]

Es wird im einzelnen zu untersuchen sein, ob die einschränkende teleologische Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG Bestand haben kann und ob sich tatsächlich eine dogmatisch befriedigende Begründung der Verneinung der Zulässigkeit

---

1 Maunz-Dürig -Herzog, RdNr 1, Art. 19 Abs. 4 GG
2 OVG Münster, DVBl. 1951, S. 418; OVG Hamburg, DVBl. 1955, S. 131
3 Obermayer, Verwaltungsakt, S. 166; Ule, Gerichtlicher Rechtsschutz, S. 28; BverwGE 14, S. 84 (86)
4 Fischbach, Neugestaltung, DÖV 1951, S. 453; Obermayer, a.a.O., S. 166; Rupp, Grundfragen, S. 80

von Verwaltungsklagen finden läßt und die Unterscheidung zwischen Grund- und Betriebsverhältnis oder ähnliche Differenzierungen aufrechterhalten werden können.

I. Sachurteilsvoraussetzungen der Verwaltungsklagen

Zur Lösung des Problems der Begrenzung des Rechtsschutzes gegen Maßnahmen des Dienstherrn sollen insbesondere die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage untersucht werden. Hierbei wird zunächst allgemein auf die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage einzugehen sein und anschließend anhand konkreter Einzelfragen das Rechtsproblem vergleichend diskutiert werden.

1. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges

Nach § 40 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben. Selbst wenn man an der Lehre von "den besonderen Gewaltverhältnissen" festhält, läßt sich gegenwärtig nicht mehr bestreiten, daß diese Verhältnisse Rechtsverhältnisse sind.[1] Die Theorie vom rechtsfreien Raum im Verhältnis des Staates zu den seiner (besonderen) Gewalt Unterworfenen hat nur noch historische Bedeutung.[2] Unter der Rechtsschutzbestimmung des Art. 19 Abs. 4 GG gibt es keine rechtsfreien Räume mehr. Der Sinngehalt dieser Vorschrift fordert den Einschluß der besonderen Gewaltverhältnisse in den Bereich des Rechts.[3] Hoheitliche Tätigkeit im Eigenbereich der Verwaltung ist öffentliche Gewalt i. S. des Art. 19 Abs. 4 GG.[4] Diese Rechtsschutzgarantie gilt grundsätzlich auch im Beamtenverhältnis.[5]

---

1 Ule, Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 144, 145; Köhl, Diss. S. 29, Anm. 2; Bachof, Rechtsstaat, VVDStRL 12 (1954), S. 37 ff., S. 58 f.; Thieme, Anmerkung zum Urteil des OVG Rheinland-Pfalz vom 18.12.1953, NJW 1954, S. 1461; Kahn, S. 7

2 Laband, Staatsrecht, Bd. 2 (1911), S. 181; Rupp, Grundfragen S.19 u.20

3 Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 98 u. 99; Obermayer, Verwaltungsakt, S. 88; Rupp, Grundfragen, S. 24

4 OVG Koblenz, DÖV 1960, S. 350 ff.

5 Scheffer, S. 166; a.M. Friesenhahn, DVBl. 1949, S. 481

Über den Rahmen und den Umfang der Anfechtbarkeit, insbesondere darüber, ob jede Einzelanordnung im Beamtenverhältnis verwaltungsgerichtlich nachprüfbar ist, wird damit noch nichts ausgesagt. Es steht lediglich fest, daß der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten grundsätzlich auch gegen Maßnahmen im "Betriebsverhältnis" zu bejahen ist.

2. Verwaltungsakt

§ 42 Abs. 1 VwGO bestimmt, daß mit der Anfechtungsklage die Aufhebung eines Verwaltungsaktes und mit der Verpflichtungsklage die Verurteilung zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes begehrt werden kann. Wird eine Maßnahme im Beamtenverhältnis nicht als Verwaltungsakt betrachtet, dann ist damit der Verwaltungsrechtsschutz nicht ausgeschlossen. Dem Beamten bleibt dann noch die Möglichkeit, Leistungs- oder Festellungsklage zu erheben. Es fragt sich jedoch, ob deshalb auf eine klare Abgrenzung zwischen Anfechtungs- und Verpflichtungsklage einerseits und Leistungs- und Feststellungsklage andererseits verzichtet werden kann. Es mag zwar sein, daß bei der Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges die Rechtsschutzform grundsätzlich von sekundärer Bedeutung ist[1], das ändert jedoch nichts an der Notwendigkeit der Bestimmung des Klagetyps. Das Bundesverwaltungsgericht hat unter Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG diese Notwendigkeit bestritten.[2] Dies mag in dem Fall der Klage gegen die Beurteilung eines Beamten zu einem sachgerechten Ergebnis geführt haben, kann jedoch in der Regel nicht zur Folge haben, daß die Klageart offengelassen wird. Von dem jeweiligen Klagetyp hängt es nämlich ab, ob außer den all-

---

1 BverwGE 19, S. 19 (20); Bachof, Rechtsprechung, JZ 1966, S. 395
2 BverwGE 28, S. 191

gemeinen noch besondere Sachurteilsvoraussetzungen geprüft werden müssen, ob die Klageerhebung den Suspensiveffekt auslöst oder welche Klagefristen in Lauf gesetzt werden. Es kann daher nicht dahingestellt bleiben, ob im Einzelfall eine Anfechtungs- und Verpflichtungsklage einerseits oder eine Leistungs- und Feststellungsklage andererseits gegeben ist. Wichtigste Zulässigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsklage ist das Vorliegen eines Verwaltungsaktes, was jeweils einer Überprüfung bedarf.[1] Die früheren Lehren haben es abgelehnt, Maßnahmen im besonderen Gewaltverhältnis als Verwaltungsakte zu qualifizieren.[2]

Dies mit der Begründung, alle in einem besonderen Gewaltverhältnis ergehenden Einzelanordnungen beinhalteten nicht die rechtliche Bestimmung eines Einzelfalles. Sie würden weder Rechtsverhältnisse begründen noch feststellen, sondern lediglich die bereits bestehende Gehorsamspflicht konkretisieren. Außerdem fehle ihnen die zweiseitig bindende Kraft des Verwaltungsaktes und damit jede rechtliche Außenwirkung.[3] Diese Auffassung wird heute nicht mehr vertreten. Die Grenze der Rechtsschutzgewährung verläuft nach h. M. im besonderen Gewaltverhältnis selbst.[4] Die Zulässigkeit von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage hängt zunächst davon ab, ob die angegriffene oder begehrte Maßnahme ein Verwaltungsakt ist. Als Verwaltungsakt i. S. des § 42 Abs. 1 VwGO ist jede Maßnahme anzusehen, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen wird.[5] Diese Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes war bereits im § 25 der MRVO vom 15.9.1948[6] enthalten und ist auch nach Inkrafttreten des Grundgesetzes beibehalten worden.

---

1 Wolff I, § 46, S. 296
2 Otto Mayer, I (1924), S. 102
3 Jacobi, HDStR II, S. 255 ff., 258
4 Bachof, Verwaltungsakt, Festschrift für Laforet, S. 285 ff.; Ule, Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 133 ff.
5 Redeker- von Oertzen, RdNr 22, § 42 VwGO
6 VOBL. Britische Zone 1948, S. 263

Selbst wenn man von dieser Definition des Verwaltungsaktes ausgeht, lassen sich die innerdienstlichen Anordnungen nicht ohne Schwierigkeiten als Verwaltungsakte einstufen. Fraglich ist insbesondere, ob bestimmte innerdienstliche Anordnungen die Regelung eines Einzelfalles beinhalten. Dies ist nur dann zu bejahen, wenn von diesen Anordnungen eine unmittelbare rechtliche Wirkung ausgeht, was nach allgemeiner Auffassung für Akte, die das Beamtenverhältnis begründen, aufheben oder ändern, zutrifft.[1] Die Frage, ob innerdienstliche Anordnungen, die lediglich die Amtsstellung betreffen, Verwaltungsakte sind, ist dagegen umstritten.
Für die Bestimmung von Abgrenzungskriterien sind in der Literatur eine Reihe von Versuchen unternommen worden. Die wichtigsten Lösungswege sollen im folgenden aufgezeigt und im Anschluß an die allgemeine Darstellung der Rechtsschutzfragen auf ihre praktische Anwendbarkeit überprüft werden.

a) Außen- und Innenfunktion (Bachof)

Bachof[2] hält an der Unterscheidung zwischen Außen- und Innenfunktionen der Verwaltung fest und tritt lediglich für eine veränderte Grenzziehung zwischen Außen und Innen ein.[3] Ein Verwaltungsakt bei Maßnahmen in besonderen Gewaltverhältnissen und insbesondere im Rahmen des Beamtenverhältnisses sei dann gegeben, wenn die betroffene Person als "selbständiges Rechtssubjekt" und nicht nur als "Bestandteil des staatlichen Organismus" angesprochen werde.[4] Im Beamtenverhältnis bezwecke nur ein Teil der Anweisungen der Vorgesetzten eine Regelung der Beziehungen zwischen Dienstherrn und Beamten. Solche, die "persönliche Rechts-

---

1 Ule, Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 142 ff., 153; Bachof, Verwaltungsakt, Festschrift für Laforet, S. 304; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 198
2 Bachof, a.a.O., S. 285 ff. (299)
3 a.a.O., S. 299
4 a.a.O., S. 299

stellung" des Beamten betreffenden Anordnungen seien beispielsweise die Ernennung, die Entlassung, die Versetzung, die Festsetzung des Besoldungsdienstalters, Maßregelungen[1] und die Aufforderung zur Eidesleistung.[2] Die überwiegende Mehrheit der innerdienstlichen Anordnungen spreche jedoch den Beamten "nur in seiner Gliedschaft innerhalb des Staatsorganismus" an.[3] Anordnungen an den Beamten, einen Schreibtisch zu verrücken, die Dienststunden einzuhalten oder auch einem Dritten gegenüber einen Verwaltungsakt zu erlassen, fehle die "unmittelbare rechtliche Wirkung".[4] Ein Verwaltungsakt sei daher nur dann zu bejahen, "wenn und soweit eine Anordnung in den eigenen Rechtskreis des Beamten eingreift."[5]

b) Recht oder Unrecht (Krüger)

Krüger wendet sich gegen die Unterscheidung zwischen Innen und Außen, da ihr letztlich eine naturalistische Rechtstheorie zugrunde liege[6]; die Charakterisierung eines Aktes als "intern" oder "extern" erfolge mehr oder weniger willkürlich[7] und lasse die eigentlich entscheidende Frage nach Recht oder Unrecht in den Hintergrund treten. Dienstbefehle oder dienstliche Beurteilungen könnten gerade ganz besonders grobes Unrecht darstellen, das nicht deshalb Unrecht bleiben dürfe, weil es sich hier um einen internen Vorgang handelt. Das einzig wesentliche Erfordernis des Begriffs des Verwaltungsaktes liege darin, daß ihm der Charakter eines hoheitlichen und individuellen Rechtsaktes innewohnen müsse. Dagegen sei nicht jeder Akt, der im allgemeinen Gewaltverhältnis ein Verwaltungsakt sei, auch im besonderen Gewaltverhältnis als ein solcher anzusehen. Die Grenzlinie zwischen Verwaltungsakt und Nichtverwaltungsakt könne jedoch

---

1 Bachof, Verwaltungsakt, Festschrift für Laforet, S. 304
2 a.a.O., S. 305
3 a.a.O., S. 303
4 a.a.O., S. 304
5 a.a.O., S. 304
6 Verwaltungsrechtsschutz, NJW 1953, S. 1369
7 vgl. Fournier-Braibant, Encyclopédie Dalloz Bd. 2, S. 684, der davon spricht, die Qualifizierung als interner Akt beruhe auf einem Wortspiel

nicht mit den Begriffen Innen und Außen gezogen werden, da diese Unterscheidung früher die Grenze zwischen allgemeinem und besonderem Gewaltverhältnis identifiziert habe. Die Frage, ob ein Akt der Verwaltung als Rechtsakt anzusehen sei, könne man nur danach beantworten, ob im konkreten Fall prima facie Unrecht geschehen sei.[1]
In einem neueren Beitrag räumt Bachof[2] Krüger ein, daß er dessen grundsätzlicher Kritik an der überlieferten Lehre jetzt positiver gegenüberstehe als damals, die Kategorien "Außen" und "Innen" hätten jedoch auch heute noch ihren guten Sinn.

c) Grund- und Betriebsverhältnis (Ule)

Ule[3] geht davon aus, daß es zweifelhaft sei, ob Art. 19 Abs. IV GG den uneingeschränkten Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis gewährleistet. Diese Bestimmung sei mehrdeutig und müsse daher teleologisch ausgelegt werden. Wenn berücksichtigt werde, daß die teleologische Auslegung des Art. 19 Abs. IV GG der Förderung des Rechtsstaatsgedankens zu dienen habe, dann sei für diese Auslegung die entscheidende Frage, ob der Rechtsstaatsgedanke durch einen uneingeschränkten oder durch einen eingeschränkten Rechtsschutz mehr gefördert werde. Die Eigenart der besonderen Gewaltverhältnisse bestehe in der Eingliederung des einzelnen in einen "Betrieb" mit einer Ordnung, der er sich zu fügen habe. Man müsse also unterscheiden zwischen Maßnahmen, die in der Begründung, Veränderung oder Beendigung des besonderen Gewaltverhältnisses bestünden und solchen, die sich aus der Geltung der Betriebsordnung ergäben. Der erste Fall könne mit Grundverhältnis,

---

1 Krüger, Verwaltungsrechtsschutz, NJW 1953, S. 1370, 1371
2 Entwicklungstendenzen, Staatsbürger und Staatsgewalt 1963 (II), S. 7 u. 8, Fußnote 18
3 Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 151 ff.

der zweite mit Betriebsverhältnis bezeichnet werden. Im Grundverhältnis dürfe der Rechtsschutz nicht eingeschränkt werden.[1] Die Einbeziehung des Betriebsverhältnisses in den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz sei dagegen für das Beamtenverhältnis zu verneinen. Das folge daraus, daß sich bereits das geltende Beamtenrecht zumindest stillschweigend der Unterscheidung zwischen Grund- und Betriebsverhältnis bediene, indem es z.B. in § 3 Abs. 2 BBG beamtenrechtliche Entscheidungen über die persönlichen Angelegenheiten der Beamten, für die der Dienstvorgesetzte zuständig ist, von den Anordnungen des Vorgesetzten für die Tätigkeit des Beamten unterscheide. Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz sei deshalb ausgeschlossen, weil der Beamte nach § 56 Abs. 2 BBG zum Gehorsam verpflichtet sei und ihm im Falle von Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen ein Remonstrationsrecht eingeräumt sei. Es wäre sinnwidrig, wenn der Beamte daneben noch eine verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage erheben könne.[2] Während Ule auf der Staatsrechtslehrertagung den Ausschluß des Rechtsschutzes im beamtenrechtlichen Betriebsverhältnis nicht ausdrücklich auf das Fehlen der Begriffsmerkmale des Verwaltungsaktes stützte, hat er später eindeutig erklärt, daß die Maßnahmen, die nicht das Grundverhältnis, sondern das Betriebsverhältnis betreffen, keine Verwaltungsakte sind, weil sie keine rechtliche Regelung darstellten.[3]

d) Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt (Obermayer)

Gegen die bisher dargelegten Lösungsversuche richtet sich die Kritik von Obermayer.[4] Er geht zwar von dem herkömmlichen Begriff des Verwaltungsaktes aus, den Begriff der

---

1 Ule, Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 151 u. 152
2 a.a.O., S. 156
3 Ule, Verwaltungsgerichtbarkeit, Anm. 4 zu § 42 VwGO, S. 163
4 Verwaltungsakt S. 105 ff.

innerdienstlichen Weisung will er dagegen enger gefaßt sehen. Von den innerdienstlichen Maßnahmen seien nur solche von Interesse, die unmittelbar auf Rechtserheblichkeit gegenüber den Betroffenen eines öffentlich-rechtlichen Abhängigkeitsverhältnisses gerichtet seien. Diese Maßnahmen nennt Obermayer "innerdienstliche Rechtsakte".[1] Er untersucht dann die Frage der Abgrenzung zwischen Verwaltungsakt und innerdienstlichem Rechtsakt. Dabei weist er auf die Abgrenzungskriterien der Lehre hin, die Rechtswidrigkeit, die Betroffenheit im eigenen Rechtskreis und das Abstellen auf eine Bagatellsache. Krügers Theorie der Rechtswidrigkeit lehnt Obermayer ab, weil mit ihr die Rechtsnatur und die Rechtmäßigkeit eines Aktes vermengt würden und damit der Grundsatz der Trennung zwischen Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage aufgegeben werde. Wenn Krüger darauf abstellt, ob prima facie Unrecht geschehen sei, so werde bei der Prüfung der Zulässigkeit zugleich über die Begründetheit der Klage entschieden. Obermayer lehnt im übrigen auch das Abstellen auf einen besonders hohen Grad der Rechtswidrigkeit ab, dies könne deshalb nicht als Kriterium herangezogen werden, weil die Qualität eines Aktes auch bei einem geringen Maß an Rechtswidrigkeit die gleiche bleibe. Auch die Betroffenheit im eigenen Rechtskreis könne nicht als Abgrenzungsmerkmal dienen. Eine Aufspaltung der in einem besonderen Gewaltverhältnis stehenden Person in einen Teil, der als selbständiges Rechtssubjekt und in einen anderen Teil, der als Glied der Verwaltung betroffen werde, sei nicht möglich.
Auch jeder innerdienstliche Rechtsakt greife mehr oder minder stark in den persönlichen Rechtskreis des Verwaltungsgliedes ein. Schließlich sei das Kriterium der Bagatellsache nicht brauchbar, weil es nicht die Rechtsnatur eines Verwaltungsaktes betreffe. Die Auseinandersetzung

---

1 Obermayer, Verwaltungsakt, S. 110

mit den entwickelten Theorien zeige, daß es nicht möglich sei, ein geeignetes Abgrenzungskriterium zwischen Verwaltungsakt und innerdienstlichem Rechtsakt zu finden.[1] Als Ergebnis sei daher festzuhalten, daß alle in einem besonderen Gewaltverhältnis ergehenden individuellen Akte gleichzeitig Verwaltungsakte und innerdienstliche Rechtsakte seien.[2]

e) Beamten- und Amtsverhältnis (Wolff)

Wolff[3] unterscheidet beim besonderen Gewaltverhältnis zwischen dem Verhältnis, in dem eine Person als solche zu Trägern öffentlicher Gewalt steht ("das Beamtenverhältnis") und dem Verhältnis, in dem ein Amtswalter bzw. ein Organ zu weisungsbefugten Ämtern und Organen steht ("Amts- oder Organverhältnis"). Das Beamtenverhältnis sei "extern", da es den Beamten als selbständige Rechtsperson betreffe, das Amts- oder Organverhältnis sei dagegen "intern" weil es nur innerhalb der Verwaltungsorganisation bestehe. Die Anweisungen von Organen an andere Organe derselben juristischen Person seien keine Verwaltungsakte. Nur wenn eine solche Anweisung eine oder mehrere Personen als solche betreffe, sei sie ein Verwaltungsakt.

f) Anstellungs- und Amtsverhältnis (Stein)

Stein[4] hat die von Wolff entwickelten Grundsätze als Ansatz für eine eigene Differenzierung übernommen. Nach seiner Auffassung kann es auf das Bestehen eines besonderen Gewaltverhältnisses, in dem der Beamte steht, schon deshalb nicht ankommen, weil sich dessen Weisungsgebundenheit von der sonstiger öffentlicher Bediensteter in amtlicher Hinsicht nicht unterscheide. Diese Bediensteten stünden dagegen nicht in einem besonderen Gewaltverhältnis,

---

1 so auch Ule, Gewaltverhältnis VVDStRL 15 (1957), S. 221
2 Obermayer, Verwaltungsakt, S. 164
3 Verwaltungsrecht I, § 46 VIIa (S. 337)
4 Weisungsrecht, S. 17

ihre Weisungsunterworfenheit lasse sich auch ohne das Begriffsgebäude des besonderen Gewaltverhältnisses begründen.[1] Deshalb komme es für die Problematik der dienstlichen Weisung nicht auf das Vorhandensein eines besonderen Gewaltverhältnisses an, es sei daher insbesondere die Frage nach der Möglichkeit von Verwaltungsakten in den besonderen Gewaltverhältnissen beiseite zu lassen.[2] Stein differenziert dann zwischen dem "Anstellungsverhältnis" und dem "Amtsverhältnis". Das letztere diene der Bewältigung konkreter Aufgaben, hier stehe die Funktion des Bediensteten im Vordergrund, innerhalb deren er Aufgaben des Staates wahrnehme, bei denen es nur auf die Erfordernisse des öffentlichen Interesses ankomme.[3] Das Anstellungsverhältnis begründe demgegenüber persönliche Rechte und Pflichten des Beamten. Es umfasse sowohl das Grundverhältnis als auch die Rechtsbeziehungen, die durch die "Einordnung" in den Betrieb begründet werden. Nur die "Betriebsordnung selbst" - nicht die Unterordnung der einzelnen unter sie - entspreche den Amtsverhältnissen.

g) Weiter Begriff des Verwaltungsaktes (Dürig)

Düring hat sich gegen eine Differenzierung zwischen verschiedenen Rechtsakten innerhalb besonderer Gewaltverhältnisse ausgesprochen. Art. 19 Abs. IV GG müsse extensiv i. S. eines lückenlosen Rechtsschutzes ausgelegt werden.[4] Daraus folge, daß der Rechtsschutz in den Betriebsverhältnissen nicht abgeschwächt werden dürfe, da der Rechtsweg jedem offenstehe, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, ohne daß es darauf ankomme, in welchem Bereich der Akt ergehe. Die Unterscheidung zwischen Verwaltungsakten mit Außenwirkung und bloß innerdienstlichen Weisungen könne daher für den Umfang des durch Art. 19 Abs. IV GG gewährten Rechtsschutzes nicht maßgebend sein.[5] Diese Bestimmung knüpfe nicht an den überkom-

---

1 Stein, Weisungsrecht, S. 18
2 a.a.O., S. 19
3 a.a.O., S. 20
4 Maunz-Dürig-Herzog, Rd Nr. 9, Art. 19 Abs. 4 GG
5 Maunz-Dürig-Herzog, Rd Nr. 25, Art. 19 Abs. 4 GG

menen Begriff des Verwaltungsaktes an. Da es für die Zulässigkeit einer Klage genügen müsse, wenn bei unterstellter Wahrheit des Klagevorbringens eine Rechtsverletzung in Betracht komme, diese aber auch im besonderen Gewaltverhältnis nicht ausgeschlossen werden könne, seien alle Maßnahmen anfechtbar, die eine potentielle Verletzung der Individualsphäre in sich tragen. Danach umfaßt der Begriff des Verwaltungsaktes i. S. des Rechtsschutzes auch verwaltungsinterne Weisungen und innerdienstliche Rechtsakte.[1]

Diesen unterschiedlichen Auffassungen[2] zur Abgrenzung zwischen Akten im Beamtenverhältnis, die der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, soll im Rahmen dieser Untersuchung keine neue Abgrenzungstheorie hinzugefügt werden, da wegen der hier aufgezeigten Schwierigkeiten der dogmatischen Erfassung die Bildung von typischen Fallgruppen zu sachgerechteren Ergebnissen zu führen verspricht.

---

1 Maunz-Dürig-Herzog, Rd Nr. 25, Art. 19 Abs. 4 GG

2 vgl. auch Selmer, DÖV 1968, S. 342 ff., der die Trennung zwischen Grund- und Betriebsverhältnis rechtfertigt, jedoch davon ausgeht, die statusrechtlichen Akte gehörten nicht zum besonderen Gewaltverhältnis, weil sie den Beamten als eigenständige Rechtspersönlichkeit mit unmittelbarer Außenwirkung treffen.

4. Teil: Grundzüge des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes des französischen Beamten

I. Conseil d'Etat

Für die Gewährung von Rechtsschutz im Beamtenverhältnis, insbesondere für die richterliche Nachprüfung von Verwaltungsakten und Verordnungen, ist die Stellung des Conseil d'Etat (Staatsrat) von überragender Bedeutung, da dieses Gericht das französische Beamtenrecht entscheidend geprägt hat.[1]

Der Conseil d'Etat ist nach der Reform der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit von 1953 mit seiner Rechtsprechungskompetenz Berufungsinstanz im allgemeinen Verwaltungsstreitverfahren, für das in erster Instanz in der Regel die Verwaltungsgerichte ("tribunaux administratifs") zuständig sind.[2]

Bis 1954 war der Conseil d'Etat nicht nur als Rechtsmittelinstanz gegen Urteile der anderen Verwaltungsgerichte tätig, sondern entschied gleichzeitig auch in fast allen Fällen in erster und letzter Instanz.

Aber auch nach 1954 ist der Conseil d'Etat weiterhin in erster und letzter Instanz unter anderem für die Rechtsstreitigkeiten zuständig, die die Ernennung, Beförderung und ganz allgemein die individuelle Stellung der durch Dekret ernannten Beamten zum Gegenstand haben.[3]

Der Conseil d'Etat besteht nicht nur aus einer Rechtsprechungsabteilung ("section du contentieux"), sondern auch aus vier Verwaltungsabteilungen ("sections administratives"), die gegenüber der Regierung eine beratende Funktion ausüben. Diese Zweiteilung des Conseil d'Etat erklärt

---

1 Plantey II, S. 942; Odent, contentieux, S. 14 ff., Hamson, S. 140; Silvera, fonction publique, S. 30
2 Desforges, S. 2; Landon, recours pour excès de pouvoir, S. 15
3 Plantey II, S. 943; Desforges, S. 85 ff., Landon, a.a.O., S. 17

sich aus seiner geschichtlichen Entwicklung von einem nur beratenden Verwaltungsorgan zu einem echten Verwaltungsgericht, die mit der gesetzlichen Verleihung des Entscheidungsrechts im Jahre 1872 ihren ersten Höhepunkt erreichte.[1] Der Conseil d'Etat ist daher ein in seiner Eigenschaft als Verwaltungsgericht unabhängiges Rechtsprechungsorgan.[2]

II. Anfechtungsklage ("recours pour excès de pouvoir")

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Dem französischen Beamten wird verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz überwiegend im Wege des "recours pour excès de pouvoir" gewährt.

Die Voraussetzungen dieser Anfechtungsklage sind im einzelnen von der Rechtsprechung des Conseil d'Etat entwickelt worden. Mit dem "recours pour excès de pouvoir" kann die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes begehrt werden. Die französische Anfechtungsklage unterscheidet sich jedoch von der deutschen in mehrfacher Hinsicht. Zum einen ist die Durchführung eines Vorverfahrens in der Regel nicht erforderlich[3], zum anderen ist im Unterschied zum deutschen Recht die Anfechtungsklage schon bei einer reinen Interessenverletzung zulässig; es genügt, wenn der Betroffene ein persönliches und berechtigtes Interesse an der Aufhebung hat,[4] die Verletzung rechtlich geschützter Interessen braucht dagegen nicht vorzuliegen. Die Anfechtungsklage hat im französischen Recht auch keine aufschiebende Wirkung.[5] Dies ist für die Rechtsschutzproblematik im Beamtenverhältnis deshalb von besonderer Bedeutung, weil nämlich im Gegensatz zum deutschen Recht nicht mit der Begründung, eine Ausdehnung des Rechtsschutzes auf das Betriebsverhältnis werde durch eine

---

1 Landon, histoire du recours, S. 19; Odent, contentieux, S. 42
2 Hoffmann, S. 39; Maas, S. 83
3 Fromont, Rechtsschutz, S. 147
4 Auby-Drago, contentieux II, S. 496; Landon, recours pour excès de pouvoir, S. 95; C.E.14-5-1954, Syndicat des maisons de santé de Languedoc-Roussillon, Rec. 276; Lücking, S. 76
5 Rivero, Libertés publiques, S. 202; Plantey I, S. 403; Gjidara, S.231

Flut von "Betriebsklagen" zu einer Lähmung des Dienstbetriebes führen, der Umfang des Rechtsschutzes im Beamtenverhältnis eingeschränkt werden kann.

Eine weitere Besonderheit des "recours pour excès de pouvoir" ergibt sich aus der zum deutschen Recht unterschiedlichen begrifflichen Bestimmung des Verwaltungsaktes. Der Begriff des "acte administratif"[1] hat zunächst mit dem deutschen Begriff des Verwaltungsaktes gemeinsam, daß es sich hierbei um einen einseitigen Akt handelt, der von einer Verwaltungsbehörde erlassen wird.[2]

Der Begriff "acte administratif" wird in der Regel mit "Verwaltungsentscheidung" oder "Verwaltungshandlung" wiedergegeben, er umfaßt jedoch im Gegensatz zum deutschen Begriff des Verwaltungsakts nicht nur einseitige Akte ("actes de portée individuelle"), sondern auch allgemeine Regelungen ("actes de portée générale"). Daraus ergibt sich, daß die Anfechtungsklage in Frankreich auch gegen Verordnungen zulässig ist.

Darüber hinaus wird in Frankreich im Unterschied zum deutschen Recht[3] Beamtenverbänden die Klagebefugnis zugestanden.[4] Den Beamtengewerkschaften wurde das Klagerecht lange Zeit abgesprochen,[5] mit dem Inkrafttreten des Beamtengesetzes von 1946 sind die Gewerkschaften jedoch aufgrund des Art. 6 dieses Gesetzes dazu berechtigt, gegen generelle oder individuelle Anordnungen der Verwaltung vorzugehen, wenn diese die kollektiven Interessen der Beamten betreffen.[6] Die Beamtenvereinigungen haben allerdings ohne

---

1 Vedel, droit administratif, S. 156; Laubadère I, S. 191; die Terminologie ist jedoch unterschiedlich, Vedel spricht von "décision exécutoire"
2 Vedel, a.a.O., S. 164
3 Redeker-von Oertzen, Rd Nr. 21, § 42 VwGO; OVG Koblenz, ZBR 1973,S.109
4 C.E. 11-12-1902, Association du ministère des colonies, Rec. 1116, concl. Tardieu; C.E. 22-4-1955, Association franco-russe dite Rousky-Dom, Rec. 202; Auby-Drago, contentieux II, S. 526 u. 527; Odent, contentieux, S. 1065
5 C.E. 13-1-1922, Syndicat des agents des contributions indirectes, Rec. 37; Sirey 1922.3.1, note Hauriou
6 C.E. 2-5-1958, Syndicat des greffiers, Rec. 252

ein entsprechendes Mandat nicht das Recht, sich an die Stelle eines einzelnen zu setzen, um dessen Individualrechte durchzusetzen.[1] Die Zulässigkeit des Klagerechts der Beamtenvereinigungen ist also beschränkt auf die Wahrung von besonderen Beamtenrechten und der Interessen der einzelnen Mitglieder.[2]
Diese Einschränkung der Klagebefugnis der Beamtenverbände ist nach und nach durch die neuere Rechtsprechung des Conseil d'Etat abgeschwächt worden,[3] zuletzt geschah dies mit zwei Entscheidungen aus den Jahren 1969 und 1972. Hiernach kann zum einen ein Beamtenverband im Namen seiner Mitglieder gegen eine Massenentlassung klagen, ohne daß diese sich am Verfahren beteiligen,[4] und wurde zum anderen die Zulässigkeit einer Klage eines Gewerkschaftsdachverbandes bejaht, obgleich die angefochtene Maßnahme nur die Mitglieder einzelner Gewerkschaften dieses Gesamtverbandes betraf.[5]

Im übrigen versteht man im französischen Recht unter den Voraussetzungen der Zulässigkeit ebenso wie im deutschen Recht diejenigen Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit der Richter in eine sachliche Prüfung des Klageantrags eintreten kann. Sind diese nicht gegeben, dann wird die Anfechtungsklage als unzulässig abgewiesen.[6] Die Sachurteilsvoraussetzungen beziehen sich auf die Rechtsnatur des angefochtenen Aktes ("nature de l'acte attaqué"), das Interesse des Anfechtenden ("qualité du requérant") sowie die Form und die Fristen ("conditions de forme et de délais").[7]

---

1 C.E. 7-5-1956, Union des cadres des Hautes-Pyrénées, R.D.P. 1956, S. 1092 (Nr. 22)
2 C.E. 11-1-1961, Association générale des administrateurs civils, Rec. 23; C.E. 25-6-1969, Syndicat du personnel enseignant des facultés de droit, R.D.P. 1969, S. 965, concl. Braibant
3 C.E. 25-6-1969, Syndicat du personnel enseignant des facultés de droit, R.D.P. 1969, S. 965, concl. Braibant
4 C.E. 23-6-1972, Syndicat des métaux (C.F.D.T.), Rec. 473,concl.Bernar
5 C.E. 21-7-1972, Union interfédérale des Syndicats de la préfecture de police et de la Sûreté nationale, Rec. 584; zum Streikrecht des französischen Beamten, vgl. die umfassenden Darstellungen von Leistner und Čech.
6 Auby-Drago, contentieux II, S. 433
7 Vedel, droit administratif, S. 494; Fournier-Braibant, Encyclopédie Dalloz, Bd. 2, S. 676, 685

Schon bei der Prüfung der Zulässigkeit des "recours pour excès de pouvoir" entscheidet sich gerade im Beamtenrecht sehr häufig, ob dem Beamten Rechtsschutz gewährt wird oder nicht.[1]

Die Zulässigkeitsvoraussetzung der Natur des angefochtenen Aktes besteht aus drei Elementen. Erstens: Der angefochtene Akt muß verwaltungsrechtlicher Natur sein ("caractère administratif"), zweitens: er muß Rechtswirkungen gegenüber dem Anfechtenden erzeugen ("acte faisant grief"), drittens: es darf sich nicht um Regierungsakte (actes de gouvernement) oder legislative und parlamentarische Akte handeln.[2]
Entscheidungen des Dienstherrn gegenüber den Beamten sind verwaltungsrechtlicher Natur. Art. 5 des Beamtenstatuts von 1959 bestimmt nämlich, daß der Beamte sich gegenüber der Verwaltung in einer statusrechtlichen, durch öffentlich-rechtliche Normen geregelten Stellung befindet.

Weitaus schwieriger ist die Beantwortung der Frage, ob die angefochtene Maßnahme Rechtswirkungen gegenüber dem Anfechtenden entfaltet, ob es sich also um einen "acte faisant grief" handelt.[3] In diesem Zusammenhang ist es erforderlich, die Lehre von den "mesures d'ordre intérieur" (innerdienstliche Maßnahmen) zu erörtern.

a) Innerdienstliche Maßnahmen ("mesures d'ordre intérieur")

Im Rahmen der Zulässigkeitsvoraussetzung des "acte faisant grief" ist im französischen Verwaltungsrecht die Lehre von den "mesures d'ordre intérieur" von besonderer Bedeutung. In Frankreich hat man ähnlich wie in Deutschland den Versuch unternommen, bestimmte Maßnahmen im Internbereich der Verwaltung vom Rechtsschutz auszunehmen. Als

---

1 Plantey II, S. 947; Laubadère II, S. 110
2 Fournier-Braibant, Encyclopédie Dalloz, Bd. 2, S. 676; Odent, contentieux, S. 1307 ff.
3 "grief" = Beschwer (vgl. : Maas, S. 80)

"mesures d'ordre intérieur" werden jene Akte bezeichnet, die als generelle oder individuelle Anweisungen im internen Verwaltungsbereich erlassen werden, also lediglich die innere Organisation der Verwaltung betreffen und den reibungslosen Ablauf der öffentlichen Einrichtungen gewährleisten sollen.[1]

Für die Beantwortung der Frage, ob dem Beamten gegenüber eine "décision faisant grief" erlassen worden ist, er mithin rechtlich beschwert ist, ist bei den innerdienstlichen Maßnahmen zunächst zwischen den generellen und individuellen Anweisungen zu unterscheiden.

(1) Generelle Anweisungen ("actes qui présentent un caractère collectif")

Hierzu gehören die Runderlasse oder Dienstanweisungen ("circulaires ou instructions de service"). Diese werden von den Dienstvorgesetzten gegenüber den weisungsabhängigen Beamten im Hinblick auf Auslegung und Anwendung der Gesetze erlassen.[2]

Zunächst entsprach es in der französischen Verwaltungsrechtslehre der allgemeinen Auffassung, daß je nachdem, ob der Adressat dieser Anweisungen ein Beamter oder ein außerhalb der Verwaltung stehender Dritter war, sich unterschiedliche Rechtsfolgen ergaben. Danach war die Dienstanweisung für den Beamten grundsätzlich verbindlich, da dieser zu dienstlichem Gehorsam verpflichtet war.[3] Außenstehenden gegenüber enthielten Verwaltungsanweisungen keine Entscheidungen und konnten daher auch nicht angefochten werden.

Heute unterscheidet die Rechtsprechung demgegenüber zwischen zwei Arten von Runderlassen, nämlich den anordnenden

---

1 Auby-Drago, contentieux II, S. 479, Alibert, S. 82; Rivero, mesures d'ordre intérieur, S. 8
2 Charlier, J.C.P. 1954, I., Nr. 1169 (33); Alibert, S. 86; Chevallier,S. 327
3 C.E. 24-11-1916, Fabre, Rec. 479; C.E. 6-8-1909, Rageot, Rec. 808; Chevallier, S. 271

und den auslegenden Runderlassen ("circulaires réglementaires et interprétatifs"). Während die ersteren als echte Verwaltungsentscheidungen angesehen werden, haben die letzteren lediglich den Charakter von innerdienstlichen Maßnahmen im engeren Sinne ("simple mesure d'ordre intérieur").[1]

Quermonne[2] macht demgegenüber geltend, im Rahmen der Zulässigkeit des "recours pour excès de pouvoir" gegen Dienstanweisungen komme es auf diese Unterscheidung nicht an, es sei vielmehr allein darauf abzustellen, ob der Kläger ein Interesse an der Aufhebung der Verwaltungsmaßnahme habe. Der Conseil d'Etat hat zwar vereinzelt bei Klagen gegen generelle Dienstanweisungen ebenfalls auf das Vorliegen eines Interesses abgestellt, die Zulässigkeit der Anfechtungsklage läßt sich jedoch nicht nur durch eine Prüfung des Interesses des Anfechtenden bejahen oder verneinen.[3] Im französischen Verwaltungsrecht wird daher ähnlich wie in Deutschland[4] die Auffassung abgelehnt, im Rahmen beamtenrechtlicher Anfechtungsklagen an das Rechtsschutzinteresse besonders strenge Maßstäbe anzulegen.

Die Auswertung der Rechtsprechung des Conseil d'Etat macht deutlich, daß es schwierig ist, eindeutige Abgrenzungskriterien zur Unterscheidung zwischen auslegendem und anordnendem Runderlaß aufzustellen. Nach überwiegender Auffassung ist ein anordnender Runderlaß dann gegeben, wenn von diesem dem Gesetz etwas hinzugefügt wird oder im weiteren Sinne einer rechtlichen Anordnung dem Betroffenen besondere Pflichten auferlegt werden oder neue Garantien eingeräumt werden.[5]

---

1 Vedel, droit administratif, S. 159
2 D. 1958.J.178 und D. 1959.J.264
3 Auby-Drago, contentieux II, S. 480, note 9
4 vgl. Obermayer, Verwaltungsakt, S. 172; Selmer, DÖV 1968, S. 348
5 Laubadère I, S. 266

Unter den Bemühungen zur Präzisierung der Abgrenzungskriterien sind insbesondere die Schlußfolgerungen der Regierungskommissare[1] Tricot und Bernard zu den Entscheidungen des Conseil d'Etat "Institution Notre Dame du Kreisker"[2] und "Union nationale des associations de parents d'élèves"[3] hervorzuheben. Danach sind Runderlasse dann anordnender Natur, wenn sie das Entstehen von Rechten von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen, Rechte garantieren, wenn es sich um Allgemeinverfügungen handelt oder wenn sie einfache Ausführungsmaßnahmen zur Folge haben.[4] Darüber hinaus auch dann, wenn sie frühere individuelle Akte einer neuen allgemeinen Regel unterwerfen, die in diesen nicht enthalten war.[5] Andererseits handelt es sich dann nicht um anordnende Runderlasse, wenn Regeln für den internen Dienstbetrieb aufgestellt werden[6] oder Hinweise auf frühere Verwaltungsentscheidungen gegeben werden. Die "circulaires réglementaires" entsprechen ihrem Inhalt nach den Rechtsverordnungen und sind ebenso wie diejenigen Akte, die gegen sie verstoßen, mit dem "recours pour excès de pouvoir" anfechtbar.[7]

Die auslegenden Runderlasse oder Dienstanweisungen bewirken dagegen nach der Rechsprechung keine Veränderung im Zustand der Rechtsordnung. Der Conseil d'Etat verneint deshalb die Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen Dienstanweisungen als solche und gegen Maßnahmen, die gegen jene verstoßen.[8] Schließlich sind auslegende Runderlasse keine

---

1 Die "commissaires du gouvernement" müssen in jeder Sache gehört werden; sie sind von Weisungen unabhängig, nehmen an den Beratungen der Senate teil und tragen durch ihre "conclusions" zur Urteilsfindung bei. Vgl.: Lücking, S. 8
2 C.E. 29-1-1954, R.P.D.A. 1954, S. 50
3 C.E. 6-10-1961, R.D.P. 1961, S. 1271
4 C.E. 1-4-1949, Chaveneau, Rec. 161; Sirey 1949.3.49, note Delpech
5 C.E. 6-11-1953, Dame Boisson, Rec. 478
6 C.E. 9-3-1951, Guislain, Rec. 142
7 C.E. 22-7-1910, Fédel, Rec. 620; C.E. 6-8-1909, Rageot, Rec. 809
8 C.E. 17-3-1939, Colleye, Rec. 220

Rechtsgrundlage dafür, dem einzelnen vom Gesetz nicht normierte Pflichten aufzuerlegen.[1] Den französischen Beamten wird die Klagemöglichkeit gegen die "circulaires interprétatifs" noch mit einer weiteren Begründung versagt: Sie können nämlich diejenigen Akte nicht anfechten, welche die Organisation und das Funktionieren der Verwaltung betreffen. Dies gilt jedoch nur für spezifische Organisationsmaßnahmen, Dienstanweisungen mit denen in "statusmäßige" Rechte der Beamten eingegriffen wird, unterliegen der verwaltungsgerichtlichen Aufhebung.[2]

(2) Individuelle Anweisungen ("actes intérieurs à caractère particulier")

Bei den sogenannten "anderen innerdienstlichen Maßnahmen" geht die Rechtsprechung des Conseil d'Etat grundsätzlich von der Unzulässigkeit der Anfechtungsklage aus.[3] Zu diesen "mesures d'ordre intérieur autre que les circulaires"[4] gehören die eigentlichen Dienstanweisungen, d. h. die Anordnungen der Dienstvorgesetzten an ihre nachgeordneten Beamten. In diese Kategorie werden im übrigen auch die Anordnungen im Internbereich öffentlicher Einrichtungen eingeordnet, die sich sowohl an die Bediensteten als auch an deren Benutzer wenden.[5] Darüber hinaus gehören zu den eigentlichen "mesures d'ordre intérieur" bestimmte individuelle Maßnahmen persönlichen und im allgemeinen auch disziplinarrechtlichen Charakters, wie z. B. der Wechsel in der Verwendung ("changement d'affectation").[6]

Inwieweit diese begrifflichen Unterscheidungen zu einer sachgerechten und praktikablen Lösung der Rechtsschutzprobleme im Beamtenverhältnis beitragen, wird im Rahmen

---

1 C.E. 1-2-1946, Dame Christelle, D. 1947.J.376
2 Vedel, droit administratif, S. 159
3 Laubadère I, S. 276
4 Laubadère I, S. 276
5 C.E. 21-10-1938, Lote, Rec. 787; C.E. 20-10-1954, Rec. 541
6 C.E. 13-2-1914, Chevalier, Rec. 203

der Darstellung des Rechtsschutzes des Beamten gegen innerdienstliche Anordnungen zu überprüfen sein.[1]

b) Interesse ("intérêt")

Nach § 42 Abs. 2 VwGO ist die Anfechtungsklage zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Ist dies der Fall, dann ist die Klagebefugnis gegeben.

Die französische Anfechtungsklage ist zulässig, wenn sich der Kläger auf ein Interesse an der Aufhebung des Verwaltungsaktes berufen kann und dieses Interesse auch gesetzlich geschützt ist, d. h. die verletzte Norm im Interesse des Einzelnen und nicht lediglich im Interesse der Verwaltung erlassen worden ist.[2]

Der Conseil d'Etat unterscheidet zwischen dem bereits erwähnten "klagefähigen Akt" ("acte faisant grief") und der besonderen Lage des Klägers. Die angefochtene Entscheidung muß für den Kläger materielle oder immaterielle Nachteile zur Folge haben. Diese Nachteile müssen ihn als Angehörigen einer bestimmten Gruppe treffen. Durch seine Beziehung zum Verwaltungsakt muß sich der Kläger in einer besonderen Lage befinden, die ihm nach der Rechtsprechung des Conseil d'Etat den "recours pour excès de pouvoir" eröffnet.[3]
Bei der Erörterung der Sachurteilsvoraussetzung des Interesses unterscheidet man zwischen den Verwaltungsmaßnahmen, die den Status und die Laufbahn des Beamten betreffen und denjenigen, die sich lediglich auf die Organisation und das Funktionieren der Verwaltung beziehen. So wird bei

---

1 s. unten S. 147 f.
2 Laubadère I, S. 486; Auby-Drago, contentieux II, S. 497 ff.
3 Fromont, Rechtsschutz, S. 210, mit dem Hinweis auf C.E. 26-10-1956, Association générale des administrateurs civils, R.D.P. 1956, S. 1309 (1311)

den Maßnahmen zur Regelung der Beamtenstellung das Vorliegen eines Interesses bejaht, bei den reinen Organisationsmaßnahmen dagegen verneint.[1]

Es tauchen hier ähnliche Differenzierungen wie bei der Abgrenzung zwischen anordnendem und auslegendem Runderlaß auf.[2] Die Ursache hierfür dürfte darin zu sehen sein, daß die Rechtsprechung die verschiedenen Zulässigkeitsvoraussetzungen des klagefähigen Aktes ("acte faisant grief") und des Interesses ("intérêt") nicht deutlich genug voneinander abgrenzt. Als Grundvoraussetzung des Sachurteilsmerkmals "Interesse" wird gefordert, daß die angefochtene Maßnahme eine persönliche Beschwer ("une lésion personnelle") bewirkt.[3] Eine derartige Wirkung geht von den Organisationsmaßnahmen nicht aus. Begründet wird dies mit der Unteilbarkeit der Hierarchie, die es aus Gründen des dienstlichen Interesses einem Beamten verbiete, gegen seine Vorgesetzten zu klagen.[4]

Die Rechtsprechung hat so z. B. die Klage eines Polizeikommissars gegen die Anweisung des Polizeipräfekten[5] und die Klage eines Beamten gegen eine ohne seine Zustimmung erfolgte Ernennung als unzulässig abgewiesen.[6]

Andererseits wird die Klage eines Beamten auch dann als zulässig angesehen, wenn sie gegen eine Maßnahme gerichtet ist, die einen anderen Beamten betrifft. Das setzt jedoch voraus, daß diese Maßnahme in den Interessenkreis des klagenden Beamten hineinwirkt.[7]

---

1 Auby-Drago, contentieux II, S. 518; Mignon, D. 1953, chron. S. 121 ff. (126); Landon, recours pour excès de pouvoir, S. 90
2 s. o.,S. 45 u. 46
3 Auby-Drago, contentieux II, S. 518; Alibert, S. 121
4 C.E. 9-11-1917, De Tinan, Sirey 1920.3.9, note Hauriou; C.E. 4-1-1964, Paillou, D. 1964.J.365
5 C.E. 27-2-1914, Payaud, Rec. 257
6 C.E.27-11-1923, Gallon et Caussin de Perceval, Rec. 744
7 "les cercles d'intérêt"; Auby-Drago, contentieux II, S. 497; Fromont, protection juridictionnelle, S. 269

Der Conseil d'Etat hat das Vorliegen des Interesses dann bejaht, wenn die Beförderung eines Beamten durch die Ernennung eines anderen Beamten hinausgeschoben worden ist[1] oder wenn gegen die Aufnahme eines anderen Beamten in die gleiche Beförderungstabelle geklagt wurde.[2]

2. Aufhebungsgründe ("cas d'annulation")

Im französischen Recht ist die Entwicklung eines Systems von "Illegalitätsgründen" historisch bedingt.[3]

Die Rechtsprechung und die traditionelle Lehre unterscheiden vier Arten von Aufhebungsgründen: Unzuständigkeit ("incompétence"), Form- und Verfahrensfehler ("vice de forme et procédure"), Ermessensmißbrauch[4] ("détournement de pouvoir") und Gesetzesverletzung ("violation de la loi").[5]

Diese Einteilung ist einer kritischen Analyse unterzogen worden, die zu einer anderen Einordnung der verschiedenen Aufhebungsgründe geführt hat.[6] Im Rahmen dieser Untersuchung soll an der herkömmlichen Einteilung festgehalten werden.

a) Unzuständigkeit ("incompétence")

Der Aufhebungsgrund der Unzuständigkeit ist dann gegeben, wenn der Urheber eines Verwaltungsaktes nicht die gesetzliche Befugnis hatte, diesen zu erlassen.[7] Der französische Begriff der Unzuständigkeit umfaßt einerseits die sachliche, örtliche und zeitliche Unzuständigkeit, andererseits aber auch Fälle, in denen die Verteilung der Kompetenz wegen Kompetenzmangels, Gewaltanmaßung oder Usurpation verletzt ist.[8]

---

1 C.E. 22-3-1918, Rascol, Rec. 318; C.E. 26-12-1925, Rodière, Rec. 1065; C.E. 26-12-1930, Chauveau, Sirey 1931.3.18, concl. Ettori
2 C.E. 5-4-1935, Segui, Rec. 443; C.E. 4-2-1955, Marcotte, Rec. 70
3 Fromont, Rechtsschutz, S. 238
4 Die Übersetzung mit "Ermessensmißbrauch" ist unpräzise, da das "détournement de pouvoir" allein auf den Zweck des Verwaltungsaktes bezogen ist, der Begriff des Ermessensmißbrauchs jedoch weiter geht, vgl. Maas, S. 107
5 Rivero, droit administratif, S. 228
6 Maas, S. 88 ff.
7 Rivero, précis, S. 230; Auby-Drago, contentieux II, S. 541
8 Fromont, Rechtsschutz, S. 242

b) Form- und Verfahrensfehler ("vice de forme et procédure")

Im französischen Verwaltungsrecht unterscheidet man zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Förmlichkeiten.[1] Die Verletzung einer wesentlichen Formvorschrift führt grundsätzlich zur Aufhebung, während die Nichtbeachtung einer unwesentlichen Förmlichkeit die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes nicht berührt. Nach der Rechtsprechung des Conseil d'Etat zählen zu den wesentlichen Förmlichkeiten: die Begründungspflicht, wenn diese gesetzlich vorgeschrieben ist,[2] Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte[3] und die Datierung einer Maßnahme, wenn deren Erlaß in einer bestimmten Frist erfolgen muß.[4]

Neben den gesetzlichen Formvorschriften und Verfahrensregeln gelten als wesentliche Förmlichkeiten die allgemeinen Rechtsgrundsätze, wie das rechtliche Gehör oder der Grundsatz, daß jedem, gegen den sich eine Verwaltungsmaßnahme richtet, Gelegenheit gegeben werden muß, seinen Standpunkt darzulegen.[5]

Der Verfahrensfehler ist vom Formfehler zu unterscheiden, weil nach der Rechtsprechung die Nichteinhaltung von Verfahrensregeln regelmäßig zur Aufhebung des Verwaltungsaktes führt. Der Conseil d'Etat hat hierzu allgemeine Rechtsgrundsätze entwickelt, um eine größtmögliche Garantie im Hinblick auf das Verwaltungsverfahren zu gewährleisten. In der Terminologie ist die Rechtsprechung zuweilen ungenau und unterscheidet oft nicht zwischen Form- und Verfahrensfehler.[6]

---

1 "formalités substantielles et accessoires", vgl. Auby-Drago, contentieux II, S. 583
2 Auby-Drago, a.a.O., S. 588; C.E. 16-11-1934, Société des ciments, Rec. 1064; C.E. 6-5-1953, Soulet, Rec. 211; a.M. C.E. 7-7-1916, Lévi, Rec. 279; C.E. 3-4-1936, Pujo, Sirey, 1936.3.42; C.E. 16-12-1955, Dame Bourokba, Rec. 590
3 Auby-Drago, a.a.O., S. 602
4 Auby-Drago, a.a.O., S. 591
5 "une procédure contradictoire"; vgl. Hamson, S. 25
6 vgl. Auby-Drago, contentieux II, S.583; C.E. 1-3-1950, Glon,Rec.135(136)

c) Verfolgung eines sachlich falschen Zwecks[1]
("détournement de pouvoir")

Das "détournement de pouvoir" ist als Aufhebungsgrund dann gegeben, wenn ein Verwaltungsakt von dem gesetzlichen Zweck ("but") abweicht, den er verfolgen soll. In diesem Fall ist der Verwaltungsakt im Hinblick auf seinen Zweck rechtswidrig. Der Klagegrund des "détournement de pouvoir" ist in der französischen Rechtsprechung von großer Bedeutung; sein Vorhandensein ist ein deutlicher Hinweis auf den Ausbau des Legalitätsprinzips im modernen französischen Staat.[2] Dieser Aufhebungsgrund läßt sich fast immer heranziehen, denn es gibt kaum einen Verwaltungsakt, der nicht unter dem Gesichtspunkt der Verfolgung eines sachlich falschen Zwecks betrachtet werden könnte. So spricht man davon, daß es niemals ein Ermessen im Hinblick auf den verfolgten Zweck gebe.[3] Das "détournement de pouvoir" kann in verschiedenen Formen auftreten. Systematisch läßt es sich in zwei "Zwecktypen" gliedern. Das ist einmal der Zweck, der dem öffentlichen Interesse entgegensteht und zum anderen der besondere Zweck

(1) Allgemeiner Zweck ("but d'intérêt général")

Jeder Verwaltungsakt dient einem öffentlichen Zweck, denn er darf zur Durchsetzung privater Interessen nicht erlassen werden. Die Verwaltungsbehörden sind bei ihrer Tätigkeit immer an das öffentliche Interesse gebunden. Die Hauptbeispiele der Verfolgung sach- und damit rechtswidriger Zwecke sind die durch private Interessen, persönliche Motive wie Rache, Schikane oder Begünstigung oder politische Beweggründe beeinflußten Entscheidungen,[4] die geradezu die klassischen Fälle des "détournement de pouvoir" darstellen.

---

1 Die Übersetzung mit Ermessensmißbrauch (so Steindorff, S. 77) ist ungenau, vgl. oben S.49 ; Clever, S. 98 ff.; Hoffmann, S. 153; Fromont, contrôle, A.J.D.A. 1964, S. 609

2 a.M. Welter, S. 57 ff.; Hauriou, précis de droit administratif, S.443

3 de Laubadère I, S. 480

4 C.E. 23-12-1932, Société l'Eveil de Contres, Rec. 1129; C.E. 13-7-1962, Bréart de Boisanger, Rec. 484

(2) Besonderer Zweck ("but particulier")

Ein besonderer Zweck kann in dreifacher Weise verfolgt werden. Erstens: In einer gesetzlichen Bestimmung wird ein derartiger Zweck statuiert.[1] Zweitens: Er ist in den Motiven des Gesetzgebers enthalten. Der Richter kann diese immer als Entscheidungsgrundlage heranziehen, selbst wenn sie nicht veröffentlicht sind.[2] Drittens: Ein besonderer Zweck kann in der Natur der Befugnis selbst liegen, diese kann in sich einen bestimmten Zweck enthalten. So ist die Disziplinargewalt als besondere Befugnis nur zu dem Zweck eingeräumt, Dienstvergehen zu ahnden. Polizeiliche Befugnisse bestehen lediglich zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und dienen nicht der Wahrnehmung finanzieller Interessen der Verwaltung.[3]

Darüber hinaus wird ein "détournement de pouvoir" in der Gegenwart auch dann angenommen, wenn die Verwaltungsbehörde zwar nach einem rechtlich vorgesehenen Verfahren vorgeht, um einen bestimmten Zweck zu erreichen, aber gerade zur Erreichung dieses Zwecks nach einem anderen Verfahren hätte vorgehen müssen.[4] Im Beamtenrecht liegt ein sog. "détournement de procédure" vor, wenn ein Beamter durch eine einfache Verwaltungsmaßnahme entlassen wird, um damit ein Disziplinarverfahren zu umgehen.[5]

d) Gesetzesverletzung oder Verletzung einer Rechtsnorm ("violation de la loi")

Der Aufhebungsgrund "violation de la loi" wird nach drei Unterscheidungskriterien: Unmittelbare Verletzung einer Rechtsnorm, Rechtswidrigkeit in der Rechtsbegründung und die falsche Würdigung von Tatsachen differenziert.[6]

---

1 C.E. 29-11-1935, Union des véhicules industriels, Rec. 193
2 C.E. 9-7-1943, Tabouret et Laroche, J.C.P.1943.2.2421, concl.Léonard
3 C.E. 12-11-1927, Bellescize, Rec. 1048
4 Rivero, précis, S. 234
5 C.E. 18-7-1952, Société des eaux de Marseille, Rec. 387
6 vgl. Fromont, Rechtsschutz, S. 260 f.

Bei diesem Aufhebungsgrund geht es um die Fälle, in denen ein Verwaltungsakt durch seine unmittelbare Wirkung, durch seinen Gegenstand ("l'objet") gegen eine gesetzliche Anordnung verstößt.[1] Für den Klagegrund der Gesetzesverletzung oder der Verletzung einer Rechtsnorm bieten sich nach dem Stand von Rechtsprechung und Lehre folgende Unterscheidungsgesichtspunkte an:

(1) Unmittelbare Verletzung einer Rechtsnorm
("violation directe de la règle de droit")

Die Verwaltung ist an die Verfassung, die Gesetze, die Verordnungen und die allgemeinen Rechtsgrundsätze[2] gebunden. Greift eine Verwaltungsentscheidung unter Verletzung dieser Rechtsregeln in die rechtliche Stellung des einzelnen ein, dann liegt eine unmittelbare, und zwar eine positive Verletzung einer Rechtsnorm vor. Dies ist im Beamtenverhältnis z. B. dann der Fall, wenn gegen einen Beamten eine Disziplinarstrafe verhängt wird, die gesetzlich nicht vorgesehen ist.[3] Von einer negativen Verletzung einer Rechtsnorm spricht man, wenn die Verwaltung es unterläßt, eine Entscheidung zu treffen, zu deren Erlaß sie verpflichtet ist.[4]

(2) Rechtswidrigkeit in der Rechtsbegründung
("illégalité relative aux motifs de droit")

Bei der Rechtswidrigkeit in der Rechtsbegründung werden von der Verwaltung die auf den Fall anwendbaren Rechtssätze unzutreffend herangezogen, und zwar entweder in der Weise, daß derartige Rechtssätze nicht existieren oder daß sie unrichtig ausgelegt werden.[5]

---

1 Rivero, précis, S. 236
2 "les principes généraux du droit"
3 C.E. 22-3-1957, Clausi, Rec. 198
4 Fromont, Rechtsschutz, S. 262
5 Fromont, a.a.O., S. 264

(3) Falsche Würdigung von Tatsachen
("illégalité relative aux motifs")

Der Conseil d'Etat geht davon aus, daß der Sachverhalt zu den Gründen ("motifs") des Verwaltungsaktes gehört. Die Verwaltungsgerichte können nachprüfen, ob die von der Verwaltung angeführten Tatsachen sachlich richtig sind.[1] Die Kontrolle erstreckt sich dabei sowohl auf die rechtlich relevanten als auch auf die sonst von der Verwaltung angeführten Tatsachen, deren Vorliegen gesetzlich nicht geregelt ist. Sind die von der Verwaltung angegebenen Tatsachen unrichtig oder liegen sie überhaupt nicht vor, dann ist der Verwaltungsakt rechtswidrig. Die Verwaltungsgerichte können daneben prüfen, ob die zugrundeliegenden Tatsachen den gegebenen rechtlichen Anforderungen genügen. Der Conseil d'Etat prüft z. B. nach, ob das einem Beamten vorgeworfene Verhalten auch ein Dienstvergehen darstellt.[2] Darüber hinaus übt der Verwaltungsrichter eine Kontrolle dahingehend aus, ob die von der Verwaltung zur Begründung ihrer Entscheidung herangezogenen Tatsachen den Verwaltungsakt insgesamt rechtfertigen.[3]

Eine so weitgehende Prüfungsbefugnis, die über eine reine Rechtskontrolle hinausgehen mag, nähert sich der Nachprüfung der Opportunität von Verwaltungsakten an.[4] Ein näheres Eingehen auf diese Problematik würde über den Rahmen der vorliegenden Untersuchung jedoch hinausgehen. Für die Erörterung der Rechtsschutzfragen genügt es, einen kurzen Überblick über die formellen und materiellen Voraussetzungen des "recours pour excès de pouvoir"zu geben.

III. Leistungsklage ("recours de pleine juridiction")

Im Urteil der Leistungsklage entscheidet der Richter über das Bestehen, den Inhalt und die Rechtsfolgen subjektiver

---

1 Letourneur, S. 12
2 C.E. 11-5-1956, Chomat, D.1956.J.469, concl. Laurent
3 C.E. 28-5-1954, Barel, R.D.P. 1954, S. 509
4 Lanz, S. 143 ff. (150); Vidal, R.D.P. 1952, S. 291

Rechte des Beamten. Die Leistungsklage ist der zivilprozessualen Parteistreitigkeit sehr ähnlich und wird deshalb auch als Rechtsmittel der "vollen" Rechtsprechung ("pleine juridiction") bezeichnet. Wenn der Beamte durch eine Verwaltungsmaßnahme in seinen Rechten verletzt wird und dabei einen Schaden erleidet, dann kann er mit der Leistungsklage einen Schadensersatzanspruch geltend machen.[1]
Diese Klage ist auf die Feststellung eines dem Beamten gegenüber der Verwaltung zustehenden Rechtes, die Aufhebung der dieses Recht verletzenden Maßnahme und die Entschädigung in Geld gerichtet.

Der Beamte kann die Leistungsklage nur dann erheben, wenn er sich auf ein subjektives Recht stützen kann, das bloße Interesse genügt hier im Unterschied zur Anfechtungsklage nicht. Das Gericht überprüft daher, ob durch die Verwaltungsmaßnahme ein subjektives Recht des Beamten verletzt worden ist, was insbesondere bei einem Eingriff in Grundrechte des Beamten der Fall ist.[2]
Die rechtswidrige Verwaltungsmaßnahme wird aufgehoben und die Verwaltung wird verpflichtet, eine Entschädigung zu zahlen.

Vor Erhebung der Leistungsklage muß der Beamte eine Entscheidung der Verwaltung über seine Schadensersatzforderung herbeiführen ("une décision préalable").[3]

Die Leistungsklage muß innerhalb von zwei Monaten nach Bekanntgabe der ablehnenden Entscheidung erhoben werden.

Der Conseil d'Etat ging ursprünglich davon aus, daß die Möglichkeit der Erhebung einer Leistungsklage die Wahl der Anfechtungsklage ausschließt.[4] Danach war der

---

1 Sbih, S. 209
2 Sandevoir, recours de pleine juridiction, S. 217 ff. (218)
3 Sbih, S. 209
4 C.E. 6-3-1903, Pelous, Rec. 191; C.E. 15-2-1907, Théveneau, Rec. 162 Alibert, S. 153 f.; Bonnard, S. 253; Auby-Drago, contentieux II, S.4

"recours pour excès de pouvoir" gegenüber allen übrigen Klagearten subsidiär, weil er als eine Art gerichtliches Beschwerdeverfahren angesehen wurde,[1] das ein besonderes Rechtsmittel darstellte. Es handelte sich um eine Klagemöglichkeit, von der nur dann Gebrauch gemacht werden konnte, wenn kein anderes gerichtliches Verfahren zur Verfügung stand.[2] Von diesem Grundsatz der Subsidiarität der Anfechtungsklage wich der Conseil d'Etat in der Entscheidung Lafage[3] erstmals ab. Einem leitenden Militärarzt war die ursprünglich gewährte Zulage für Repräsentationskosten gestrichen worden. Die hiergegen gerichtete Anfechtungsklage hat der Conseil d'Etat zugelassen und dazu ausgeführt, ein Beamter könne mit dem "recours pour excès de pouvoir" gegen Entscheidungen über die Festsetzung der Gehaltshöhe oder die Gewährung gesetzlicher Zulagen angehen, wenn er sich darauf beschränke, eine Gesetzesverletzung geltend zu machen und lediglich die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung erstrebe. Will der Beamte dagegen die Verurteilung zur Zahlung einer Vergütung durchsetzen, so kann er dies nur im Wege der Leistungsklage erreichen.[4] Der Conseil d'Etat hat diesen Grundsatz in weiteren Urteilen bestätigt.[5]

Mit dieser Rechtsprechung wird die Klagemöglichkeit im Bereich der Besoldung des Beamten erheblich erleichtert, da der "recours pour excès de pouvoir" das kostengünstigere Verfahren ist und insbesondere im Gegensatz zur Leistungsklage die Beauftragung eines am Conseil d'Etat zugelassenen Rechtsanwalts nicht erforderlich ist.[6]

Der Beamte hat die Wahl zwischen beiden Klagearten und kann zur Durchsetzung seiner Gehaltsforderungen nach Erhebung der Anfechtungsklage auf die Leistungsklage zurückgreifen.[7]

---

1 Bonnard, S. 253
2 Alibert, S. 153
3 C.E. 8-3-1912, Lafage, Rec. 348, concl. Pichat
4 Pichat, concl. zu C.E. 8-3-1912, Lafage, Rec. 350
5 C.E. 16-3-1917, Lantuejol, Rec. 237; C.E. 9-10-1964, Billoud, Rec. 456
6 Odent, contentieux, S. 873
7 Auby-Drago, contentieux II, S. 428; Odent, contentieux, S. 874; Heilbronner, D. 1953, chron. S. 183 f.

IV. Durchsetzbarkeit verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen

Die Urteile der Verwaltungsgerichte können nicht im Vollstreckungswege durchgesetzt werden;[1] im Gegensatz zur Regelung im deutschen Recht ist eine Vollstreckung in das Vermögen der verschiedenen Verwaltungseinheiten nicht möglich.[2]

Darüber hinaus gibt es in Frankreich keine Verpflichtungsklage, mit der den Verwaltungsbehörden der Erlaß und die Ausführung von Verwaltungsakten durch ein gerichtliches Urteil auferlegt werden kann.[3]

Es fragt sich daher, welche Effizienz den Urteilen der Verwaltungsgerichte zukommt. Dies hängt davon ab, ob die Verwaltung von sich aus die Urteile ausführt und welche Rechtsbehelfe dem Betroffenen im Falle der Nichtausführung zur Verfügung stehen.

Die Lehre von der materiellen Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidungen ("l'autorité de la chose jugée") garantiert in aller Regel die Beachtung der Urteile der Verwaltungsgerichte. Der Verwaltung obliegt die Rechtspflicht, die von den Gerichten erlassenen Urteile auszuführen. Eine einmal aufgehobene Entscheidung einer Behörde kann nicht erneut in gleicher Weise getroffen werden. Ein Minister kann z. B. einem Beamten keine Disziplinarstrafe auferlegen und diese auf die gleichen Gründe stützen, die bereits in einem Urteil als rechtswidrig angesehen worden sind.[4]

Insbesondere im Bereich des Beamtenrechts gibt es eine Reihe von Beispielen über die Verletzung der Rechtskraft

---

1 Braibant, E.D.C.E. 1961, S. 53 f.; Même, E.D.C.E. 1968, S. 41; Gjada
2 Puisoye, S. 126; Même, E.D.C.E. 1968, S. 41 S. 2
3 Gjadara, S. 327
4 C.E. 29-4-1944, Dame Baudrand, Rec. 187

verwaltungsgerichtlicher Urteile:

Wenn der Conseil d'Etat eine Beförderungstabelle lediglich wegen eines Verfahrensfehlers aufgehoben hat, dann genügt die Beseitigung dieses Fehlers und die Aufstellung der Tabelle mit den gleichen Kandidaten nicht.[1] In anderen Entscheidungen des Conseil d'Etat werden weitgehende Folgerungen aus dem Prinzip der Rückwirkung der gerichtlichen Aufhebung von Verwaltungsakten gezogen. Der Conseil d'Etat übt eine strenge Kontrolle über die Wiederherstellung der laufbahnmäßigen Rechte der entlassenen Beamten aus. Dabei wird z. B. nachgeprüft, ob der Beamte aufgrund seiner Beurteilung, seiner Diplome und seiner fachlichen Qualifikation außerplanmäßig befördert worden wäre,[2] ob er in sein ursprüngliches Kader ("cadre") eingegliedert werden muß[3] oder ob er nach Absolvierung eines "concours", an dem er wegen seiner Entlassung nicht teilnehmen konnte, befördert worden wäre.

Durch die Lehre von der Verletzung der Rechtskraft ("violation de la chose jugée") gewährleistet der Conseil d'Etat die Beachtung seiner Urteile durch die Verwaltung. Jeder Verwaltungsakt, der einem Aufhebungsurteil entgegensteht, kann zum Gegenstand einer neuen Anfechtungsklage gemacht werden. Er unterliegt dann der erneuten Aufhebung.[4]

Die Weigerung der Verwaltung, aufgrund eines Leistungsurteils eine Zahlung zu erbringen, berechtigt den Betroffenen, eine Klage auf Schadensersatz zu erheben.[5]

---

1 C.E. 4-3-1949, Trèbes, Rec. 105; C.E. 10-12-1954, Cru, Rec. 659, D.1955.198, concl. Jacomet, note Weil
2 C.E. 26-12-1925, Rodières, Sirey 1925.3.49, note Hauriou; C.E. 8-1-1960, Moizant, Rec. 12
3 C.E. 27-4-1949, Véron-Réville, Rec. 246; C.E. 13-1-1961, Premier Ministre C. Besteaux, Rec. 35; C.E. 16-10-1959, Guille, Rec. 516; C.E. 1-12-1961, Bréart de Boisanger, Rec. 676
4 C.E. 8-7-1904, Botta, Sirey 1905.3.81, note Hauriou; C.E. 28-12-1949, societé des automobiles Berliet, Rec. 579
5 Même, E.D.C.E. 1968, S. 41 f.

Das Gleiche gilt bei einer unvollständigen oder ungebührlich verzögerten Ausführung eines Urteils.[1]

Die beharrliche Weigerung, ein Urteil nicht zu beachten, wird solange durch neue Urteile sanktioniert, wie die Verwaltung daran festhält, ein rechtskräftiges Urteil zu mißachten.[2]

Obwohl die hier im einzelnen dargestellten Grundsätze der Rechtsprechung des Conseil d'Etat in der Regel die Beachtung der Urteile garantieren, hat es eine Reihe von spektakulären Fällen gegeben,[3] die Anlaß zur Kritik an der Schwäche der Durchsetzbarkeit gerichtlicher Urteile waren.[4]

Aufgrund der in der Lehre im einzelnen unterbreiteten Vorschläge zur Verstärkung der Wirksamkeit richterlicher Urteile ist das Dekret vom 30.7.1963 erlassen worden,[5] das folgende Regelungen enthält:

Erstens: Im Fall der Aufhebung eines Verwaltungsakts durch Anfechtungsklage oder der Verurteilung der Verwaltung durch Leistungsklage haben die betroffenen Minister die Möglichkeit bei dem Conseil d'Etat um Aufklärung hinsichtlich der Modalitäten der Ausführung der Urteile nachzusuchen (Art. 58).

Zweitens: Der Vizepräsident oder Präsident der Rechtsprechungsabteilung des Conseil d'Etat können den Präsidenten der Berichtsabteilung ("commission de rapport") veranlassen, die Verwaltung auf die Auswirkungen einer Entscheidung aufmerksam zu machen (Art. 58).

---

1 C.E. 4-1-1952, L'homme, Rec. 15; C.E. 26-2-1971, Kuntzmann, E.D.C.E. 1972, S. 1
2 C.E. 23-12-1955, Soubirou-Pouey, Rec. 607 S.5
3 C.E. 24-1-1902, Dlle Noualhier, Sirey 1904.3.141; C.E. 22-7-1910, Fabrègues, Sirey 1911.3.121, note Hauriou; C.E. 27-1-1937, Laurent, Rec. 124; C.E. 24-1-1949, Nègre, D.1949, S. 570; vgl. Weil, S. 57 f.
4 vgl. Rivero, réflexions, D.1962, chron. S.37;Braibant,E.D.C.E.1961,
5 décret no 63.766 vom 30.7.1963 ergänzt durch décret no 68.88 vom 28.1.1969, das die gleiche Befugnis den Ministern auch gegenüber den Verwaltungsgerichten einräumt.

Drittens: Nach Art. 59 des Dekrets vom 30.7.1963 haben die Betroffenen das Recht, nach Ablauf einer Frist von 6 Monaten nach Erlaß des Urteils die Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der richterlichen Entscheidung dem Präsidenten der Berichtsabteilung des Conseil d'Etat anzuzeigen. Diese Kommission muß dann den Versuch unternehmen, die Angelegenheit dahingehend zu regeln, daß das Urteil vollständig ausgeführt wird.

Eine Untersuchung für einen Zeitraum von 5 Jahren hat ergeben, daß lediglich 90 derartiger Beschwerden vorgebracht worden sind, von denen nur 12 nach Abschluß der Untersuchung noch unerledigt waren.[1] Diese Zahlen lassen erkennen, daß ein Eingreifen des Conseil d'Etat in nahezu allen Fällen zur erfolgreichen Durchsetzung der Urteile führt.

Das Fehlen einer Möglichkeit der Zwangsvollstreckung hat in einigen Fällen Schwierigkeiten entstehen lassen, die es im deutschen Recht aufgrund der Regelung der Zwangsvollstreckung gegen die öffentliche Hand[2] nicht gibt.

Die unterschiedliche Lösung des Problems der Durchsetzung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen wird vor allem durch das in Frankreich streng ausgelegte Prinzip der Unabhängigkeit der Verwaltung von der Rechtsprechung und damit von einer gegenüber dem deutschen Recht unterschiedlichen Beachtung des Grundsatzes der Gewaltenteilung bedingt.

---

1 Même, E.D.C.E. 1968, S. 42

2 nach § 170 VwGO ist die Vollstreckung gegen die öffentliche Hand zulässig, sie setzt allerdings ein besonderes gerichtliches Verfahren und eine Ankündigung der Vollstreckung voraus.

5. Teil: Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz des deutschen und französischen Beamten im Einzelfall

I. Aufnahme in den öffentlichen Dienst im deutschen Recht

Im deutschen Beamtenrecht gibt es im Gegensatz zu der Regelung in Frankreich kein wettbewerbliches Ausleseverfahren, mit dem vor der Einstellung des Beamten der Rechtsschutz verstärkt wird.[1]

Während also im französischen Beamtenrecht im Vorfeld der Einstellung des Beamten bereits Rechtsschutzprobleme zu untersuchen sind, konzentriert sich im deutschen Beamtenrecht die Analyse des Rechtsschutzes auf den Bereich der eigentlichen Einstellung.

Die verwaltungsgerichtliche Klage des nicht berücksichtigten Bewerbers gegen die Ablehnung seiner Einstellung in den öffentlichen Dienst ist dann zulässig, wenn die ablehnende Entscheidung ein Verwaltungsakt ist und der Kandidat geltend macht, durch die Zurückweisung seiner Aufnahme in den öffentlichen Dienst in seinen Rechten verletzt zu sein. Der eigentliche Ernennungsvorgang wie auch die Ablehnung der Ernennung sind Verwaltungsakte, da sie mit unmittelbarer Rechtswirkung in die Stellung des Bewerbers eingreifen. Die Klagebefugnis des abgewiesenen Kandidaten ist zunächst dann zu bejahen, wenn diesem ein unmittelbares Recht auf Ernennung zusteht.

Rechtsprechung[2] und h.L.[3] verneinen grundsätzlich das Bestehen eines Rechtes auf Ernennung. Dies wird damit begründet, daß die Entscheidung über die Ernennung kraft der Personalhoheit im Ermessen des Dienstherrn stehe.

---

1 s. unten, S. 69 f.
2 BverwGE 2, S. 151 (153); BverwG, DVBl. 1968, S. 642
3 v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 42; Wolff II, § 107, II a 2 (s. 406); v. Mangoldt-Klein, Anm. IV, Art. 33 GG; Plog-Wiedow, Rd Nr. 26, § 6 BBG

Art. 33 Abs. 2 GG gewähre nur das Recht, sich zu bewerben, jedoch kein Recht auf Ernennung. Außerdem dienten die beamtenrechtlichen Vorschriften über die Ernennung ausschließlich dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Beamtenstellen. Diese Begründung überzeugt unter der Geltung des Grundgesetzes nicht mehr. War das Recht auf gleichen Zugang im Zeitalter der Monarchie wegen der Unverletzlichkeit der Majestät und in der Weimarer Republik wegen der Beschränkung des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes noch als eine "lex imperfecta"[1] anzusehen, so ist es nach der Einführung der Generalklausel und der umfassenden Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht mehr nur ein "Minimalrecht"; Art. 33 Abs. 2 GG schützt nicht nur die Verwaltung vor ungeeigneten Bewerbern, sondern dient zumindest auch dem Schutz des einzelnen Kandidaten vor ungerechtfertigter Benachteiligung.[2]

Die Rechtsprechung gesteht nunmehr dem Bewerber einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung bei der Aufnahme in den öffentlichen Dienst zu. Das hat jedoch nicht zur Folge, daß mit der Anerkennung dieses Anspruchs ein Recht auf Ernennung bejaht wird. Selbst wenn nämlich nur ein einziger Bewerber vorhanden ist, hat dieser kein Recht auf Einstellung, sondern lediglich einen Anspruch darauf, daß allein die Leistung zählt und die Ernennung nicht durch sachfremde Motive verhindert wird.[3]
Die Klage des abgewiesenen Bewerbers ist daher immer dann als zulässig anzusehen, wenn dieser geltend macht, in seinem Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung beeinträchtigt zu sein.

Bei der Ablehnung der Aufnahme in den öffentlichen Dienst hat die Verpflichtungsklage in materieller Hinsicht nur

---

1 Bonner Kommentar, Jess, Anm. II, 3, Art. 33 GG
2 Tietgen, Festschrift D.J.T., Bd. 2, S. 350; v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 42; BverwGE 19, S. 252 (254)
3 Maunz-Dürig-Herzog, Rd Nr. 11, Art. 33 GG

dann Erfolg, wenn die Übernahme eines Bewerbers in das Beamtenverhältnis die einzig fehlerfreie Ermessensentscheidung ist, demnach ein Fall der Ermessensreduzierung vorliegt. Dies wird übereinstimmend dann angenommen, wenn einem Bewerber eine entsprechende Zusicherung gemacht worden ist. Eine Zusage gibt dem Kandidaten für eine Stelle dann ein Recht auf Ernennung, wenn diese eindeutig und verbindlich von der zuständigen Ernennungsbehörde zugesichert worden ist.[1]

Darüber hinaus ist ein Rechtsanspruch auf Ernennung auch bei der Aufnahme in den Vorbereitungsdienst gegeben, wenn dieser nicht nur der Vorbereitung auf ein öffentliches Amt dient, sondern dessen Ableistung gleichzeitig Zulassungsvoraussetzung für außerhalb des öffentlichen Dienstes liegende Berufe ist. Dies ist insbesondere bei der Zulassung von Referendaren in den juristischen Vorbereitungsdienst der Fall.[2]

Über diese wenigen Ausnahmen hinaus ist die Ernennung nur äußerst selten verwaltungsgerichtlich durchsetzbar. Es gibt nur vereinzelt Urteile der Verwaltungsgerichte, die sich in diesem Zusammenhang anführen lassen. So hat z. B. der bayerische Verwaltungsgerichtshof im Urteil vom 28.10. 1957[3] einen Bescheid aufgehoben, mit dem der Antrag einer Verwaltungsangestellten auf Ernennung zur Beamtin mit der Begründung abgelehnt worden war, die Berufung von weiblichen Personen in das Beamtenverhältnis sei aus sozialen Gesichtspunkten grundsätzlich abzulehnen. Eine Verpflichtung der Anstellungsbehörde zur Ernennung hat das Gericht jedoch erst dann ausgesprochen, als der Dienstherr der Verwaltungsangestellten auf deren erneuten Antrag hin die in Frage stehende Planstelle in eine Angestelltenstelle um-

---

1 Schick, Entscheidungen, ZBR 1967, S. 299; Pappermann, ZBR 1968, S. 202; Heise, ZBR 1969, S. 166; BverwG ZBR 1966, S. 377; ZBR 1969, S. 349; HessVGH, ZBR 1969, S. 174
2 BverwGE 6, S. 13; 16, S. 241; OVG Lüneburg, ZBR 1965, S. 148 ff.
3 Bay VGH NF 10, S. 110

wandelte. Der Verwaltungsgerichtshof unterstellte der Anstellungsbehörde, diese Umwandlung der Planstelle nur deshalb vorgenommen zu haben, um den Antrag auf Übernahme in das Beamtenverhältnis mit einer neuen Begründung ablehnen zu können. Das Gericht hielt deshalb die Ernennung der Bewerberin zur Beamtin für die einzig fehlerfreie Ermessensentscheidung und verpflichtete die Anstellungsbehörde zur Vornahme der Ernennung.

Alle weiteren Urteile, die in diesem Zusammenhang zitiert werden, betreffen nicht die erste Verleihung eines Amtes (die Anstellung), sondern die Verleihung eines anderen Amtes mit anderem Endgrundgehalt und anderer Amtsbezeichnung (die Beförderung).[1] Anstellung und Beförderung lassen sich zwar in den gemeinsamen Oberbegriff Ernennung einordnen, müssen jedoch schon deshalb unterschiedlich behandelt werden, weil bei der Anstellung mehr das subjektive Interesse des einzelnen, bei der Beförderung dagegen einerseits mehr das Organisationsrecht des Staates im Vordergrund steht, andererseits aber auch die Fürsorgepflicht des Dienstherrn im Rahmen der Untersuchung der Rechtsschutzfragen von Bedeutung ist.

Abgesehen von den Fällen der Zusicherung und der Aufnahme in den Vorbereitungsdienst sowie dem dargestellten Fall, der dem bayerischen Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung vorlag, wird in aller Regel eine Ermessensreduzierung kaum gegeben sein. Die Verpflichtungsklage ist dann zwar zulässig, die Anstellungsbehörde kann jedoch vom Verwaltungsgericht nicht zur Vornahme der Ernennung verpflichtet werden, wenn die Planstelle inzwischen mit einem anderen Bewerber besetzt ist.

Die Aufhebung einer einmal erfolgten Ernennung ist nach h.M.[2] grundsätzlich nicht möglich, weil hinsichtlich der vorzunehmenden Ernennung die Spruchreife fehlt und auch

---

1 vgl. z. B. VGH Mannheim, DVBl. 1968, S. 255 ff.
2 BverwGE 15, S. 6; ZBR 1966, S. 377; Hess VGH, ZBR 1969, S. 174

nicht vom Verwaltungsgericht herbeigeführt werden kann, da dieses nicht sein Ermessen an die Stelle des Verwaltungsermessens setzen darf.[1]

Die Ablehnung der Beseitigung einer bereits vorgenommenen Ernennung wird damit begründet, daß diese mit der Aushändigung der Urkunde wirksam werde und nur unter den Voraussetzungen des § 11 BBG nichtig und nach § 12 BBG zurücknehmbar sei; ein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG gehöre hierzu jedoch nicht. Nach der Aufhebung des fehlerhaften Ablehnungsbescheides müsse der neue Bescheid die Einstellung des Bewerbers schon deshalb versagen, weil das Amt bereits vergeben sei.[2]
Diese Bestandskraft der Ernennung wird mit dem Erfordernis einer "stabilen Staatsorganisation" begründet und damit letztlich auf das Prinzip der Rechtssicherheit gestützt.[3]

Es sind somit im wesentlichen zwei Argumente, mit denen der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz dem zu Unrecht abgewiesenen Bewerber versagt wird. Erstens: Eine Ernennung dürfe deshalb nicht zurückgenommen werden, weil die Voraussetzungen der Rücknahme in den Beamtengesetzen erschöpfend geregelt seien. Zweitens: Die Rechtssicherheit und das berechtigte Interesse des ernannten Beamten seien nur durch die Bestandskraft der Ernennungen zu gewährleisten.

Gegen diese Argumentation der h.L. werden in jüngster Zeit Einwände erhoben.[4] Die Tatsache, daß die Rücknahmegründe in den Beamtengesetzen abschließend geregelt seien, sage noch nichts darüber aus, ob Widerspruch und Anfech-

---

1 Eyermann-Fröhler, Rd Nr. 62a, § 113 VwGO; Redeker-von Oertzen, Rd Nr. 20, § 113 VwGO
2 Tietgen, Festschrift D.J.T., Bd. 2, S. 342
3 Maunz-Dürig-Herzog, Rd Nr. 17, Art. 33 GG; Schick, Entscheidungen, S. 300
4 Solte, ZBR 1972, S. 109 ff.

tungsklage gegen eine bereits ausgesprochene Ernennung Erfolg haben könnten; es müßten nämlich das Bestehen materiell-rechtlicher Rücknahmegründe und verwaltungsprozessuale Vorschriften über die Aufhebung von Verwaltungsakten streng voneinander unterschieden werden. Im übrigen könne die Begründung, die Stabilität der staatlichen Ämterorganisation erfordere die Bestandskraft einmal vorgenommener Ernennungen, die Rechtsschutzverweigerung in diesem Bereich nicht rechtfertigen.[1] Die Ernennung sei ähnlich wie die Baugenehmigung ein Verwaltungsakt mit Doppelwirkung; während sie den ernannten Beamten begünstige, belaste sie den abgewiesenen Bewerber. Im Baurecht habe man dem Nachbarn die Klagemöglichkeit zugestanden,[2] die mit der Aufhebung einer Ernennung verbundenen Schwierigkeiten dürften auch im Bereich des Beamtenrechts nicht zum Ausschluß des Rechtsschutzes führen.[3] Für die Bewältigung der Aufhebungsfolgen biete sich die Regelung an, die im Fall einer nichtigen Beamtenernennung gelte.[4] Diese Überlegungen sind tatsächlich geeignet, die herkömmlichen Begründungen der Rechtsschutzverweigerung bei der rechtswidrigen Beamtenernennung in Frage zu stellen. Ein weiterer Ansatzpunkt der Kritik an der h.M. ist bereits angeklungen. Das Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern (Art. 33 Abs. 2 GG) wird zwar fast einhellig als Ausprägung des Gleichheitssatzes[5] und als gerichtlich durchsetzbares Recht angesehen,[6] es wird jedoch hingenommen, daß tatsächlich eine Anfechtung des eigentlich entscheidenden Vorgangs, nämlich der Ernennung des vorgezogenen Bewerbers, nicht möglich ist.

---

1 Solte, ZBR 1972, S. 113
2 Solte, a.a.O., S. 114, 115
3 Solte, a.a.O., S. 114
4 Solte, a.a.O., S. 114
5 Maunz-Dürig-Herzog, Rd Nr. 17, Art. 33 GG; Ule, Öffentlicher Dienst, Die Grundrechte IV, 2, S. 585
6 Wiese, Der Staatsdienst in der BRD, S. 243

Dieser Widerspruch kann nur durch eine effektive Rechtsschutzgewährung aufgehoben werden, die dem Recht auf gleichen Zugang zu der Bedeutung verhilft, mit der es verfassungskräftig ausgestattet ist. Die Befürchtung, die Stabilität der Staatsorganisation werde beeinträchtigt, kann im übrigen damit ausgeräumt werden, daß die Aufhebung ungerechtfertigter Ernennungen in den meisten Fällen zu "stabileren" Verhältnissen innerhalb der Verwaltung führen wird und die Verwirklichung des Art. 19 Abs. 4 GG auch im Bereich der beamtenrechtlichen Ernennung präventiv die Ämterpatronage verhindern hilft. Es ist nämlich nicht damit getan, gegenüber der auch heute noch weit verbreiteten Ämterpatronage einfach zu resignieren, weil es diese schon immer gegeben habe und sie auch in Zukunft nicht zu verhindern sei,[1] sondern es muß alles versucht werden, um die dem Gemeinwohl schädliche Ämterpatronage einzuschränken.[2] Ein wirksames Mittel hierzu ist die verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Ernennungen auf die Klage des abgewiesenen Bewerbers hin. Sobald nämlich mit der gerichtlichen Überprüfung von Einstellungsentscheidungen eine gewisse Transparenz der Auswahlkriterien erzielt wird, hat die im "verborgenen blühende" Ämterpatronage keine Chance mehr, fortzubestehen.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß die hier vertretene Auffassung Unsicherheit und Verwirrung innerhalb der öffentlichen Verwaltung zur Folge haben werde und damit möglicherweise eine Flut von Verwaltungsprozessen den Dienstbetrieb lähmen werde. Zunächst ließe sich der durch die aufschiebende Wirkung der Klage gegen eine Ernennung eintretende Schwebezustand durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO beseitigen.[3] Zum anderen ist der Beurteilungsspielraum des

---

1 Wiese, Der Staatsdienst in der BRD, S. 243
2 Ule, Grundfragen, RiA 1958, S. 81; v. Münch, Einflußnahme der politischen Parteien, ZBR 1960, S. 245; Köttgen, DÖV 1953, S. 321
3 Solte, ZBR 1972, S. 114

Dienstherrn hinsichtlich der Einschätzung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung des Beamten so weit gefaßt, daß die Befürchtung nicht zutrifft, jede Ernennung könne im Klagewege aufgehoben werden.[1]

Im übrigen wird die Betrachtung der Lösungen des französischen Beamtenrechts die hier vertretene Auffassung möglicherweise stützen.

---

1 Solte, ZBR 1972, S. 115

II. Aufnahme in den öffentlichen Dienst im französischen Recht ("recrutement")

1. Zulassung zum "concours"

Das im französischen Beamtenstatut von 1946 aufgestellte Prinzip der Rekrutierung der Beamten durch "concours" ("Wettbewerbsprüfung") ist durch Art. 18 des Statuts von 1959 bestätigt worden.[1]

In Frankreich ist der "concours" seit dem Ende des 19. Jahrhunderts das übliche Verfahren zur Auswahl der Beamten.[2]

Der "concours" ist ein wettbewerbliches Auswahlverfahren, bei dem sich die Kandidaten für bestimmte Beamtenstellen einer Prüfung unterziehen müssen. Entsprechend den Ergebnissen dieser Prüfung werden die Bewerber von einer unabhängigen Kommission in eine Liste eingetragen. An die Rangfolge dieser Liste ist die Anstellungsbehörde bei der Einstellung gebunden.[3]
Mit Ausnahme bestimmter hoher Beamter ("emplois supérieurs"), deren Ernennung im freien Ermessen der Regierung steht, sowie derjenigen Bediensteten, deren Rechte in einem Sonderstatut ("statut particulier") niedergelegt sind, erfolgt mithin die Personalauslese im öffentlichen Dienst grundsätzlich durch "concours".
In der Rechtsprechung von besonderer Bedeutung ist der "concours" an der "Ecole Nationale d'Administration".[4]
Die Aufnahme in diese Schule kann durch zwei Arten von Prüfungen erfolgen. Einmal durch einen "concours" für Studenten mit Hochschulabschluß, zum anderen durch einen "concours" für Beamte, der den noch nicht 30-jährigen Beamten mit fünfjähriger Dienstzeit offensteht.[5]

---

1 Art. 18: "Sous réserve des mesures prévues par la legislation sur les emplois réservés en ce qui concerne les catégories B, C et D, les fonctionnaires sont recrutés par voie de concours."
2 vgl. Grégoire, S. 191 u. 197 mit dem Hinweis, daß in den "lettres patentes" vom 3.5.1766 der concours für die "docteurs agrégés" an der "faculté des Arts" der Universität von Paris eingeführt worden ist.
3 Chatelain, R.I.S.A. 1960,S.249; Auby-Ducos-Ader, précis, S. 81
4 vgl. jetzt: Décret no 71-787 du 21.9.1971, J.O., S. 9437
5 Chatelain, a.a.O., S. 250; Zitzelsberger, ZBR 1969, S. 258, 259

Das Auswahlverfahren des "concours", das in dieser Ausgestaltung dem deutschen Beamtenrecht abgesehen vom Auswärtigen Dienst fremd ist, läßt zunächst einmal den Schluß zu, daß die Ermessensausübung der Anstellungsbehörde weit mehr als in Deutschland eingeschränkt ist. Die Zulassung zum "concours" ist die erste Stufe, bei der die Verwaltung die Möglichkeit hat, bestimmte Bewerber vom öffentlichen Dienst auszuschließen, wenn dies im Interesse des Dienstes für notwendig erachtet wird.

Die Auswertung der Rechtsprechung zur Nachprüfungsbefugnis des Verwaltungsrichters im Hinblick auf die Zulassung zum "concours" macht deutlich, daß es bestimmte Abstufungen der richterlichen Kontrolle im Rahmen der Voraussetzungen der Anfechtungsklage gibt.

Zunächst muß der Bewerber die gesetzlichen Voraussetzungen für das angestrebte Amt erfüllen, wie z. B. ein bestimmtes Alter oder den Besitz von Diplomen. Sind bei einem Bewerber die erforderlichen Zulassungsbedingungen nicht gegeben, dann muß seine Zulassung zum "concours" abgelehnt werden. Liegen sämtliche Voraussetzungen vor, dann besteht nach überwiegender Auffassung noch kein Recht auf Zulassung zum "concours" ("droit à concourir")[1]

Früher herrschte die Meinung vor, die Ablehnung der Zulassung zum "concours" sei ein "acte discrétionnaire"[2], d. h. eine Maßnahme, bei der die Anstellungsbehörde aufgrund freier Würdigung des Sachverhalts, des Entscheidungsinhalts und des Zwecks gehandelt hat und eine verwaltungsgerichtliche Nachprüfung deshalb ausgeschlossen ist.

---

1 Silvera, fonction publique, S. 236; Auby-Ducos-Ader, précis, S. 80; Catherine, fonctionnaire, S. 57; C.E. 10-5-1912, Abbé Bouteyre, D.1914.3.74; C.E. 28-5-1954, Barel, R.D.P. 1954, S. 509, concl. Letourneur, note Waline

2 vgl. hierzu: di Qual, S. 32; Dabézies, R.D.P. 1967, S. 1135; C.E. 14-12-1883, Lequeux, Sirey 1885.3.65

Diese Auffassung wird heute nicht mehr vertreten.[1] Der Conseil d'Etat geht vielmehr davon aus, daß die Anstellungsbehörde bei der Entscheidung über die Zulassung zum "concours" einen Beurteilungsspielraum ("pouvoir d'appréciation") besitzt,[2] der ihr im Interesse des Dienstes eingeräumt werden muß.[3] Eine ablehnende Entscheidung der Anstellungsbehörde braucht nicht begründet zu werden,[4] der Conseil d'Etat überprüft die Tatsachen im Rahmen der sog. Mindestkontrolle ("contrôle minimum");[5] dabei wird untersucht, ob die für den Erlaß der ablehnenden Entscheidung maßgeblichen Tatsachen im Zusammenhang mit dem dienstlichen Interesse stehen, ob eine sachliche Unrichtigkeit der Tatsachen ("l'inexactitude matérielle des faits"),[6] die Verfolgung eines sachlich falschen Zwecks ("détournement de pouvoir")[7] oder ein offensichtlicher Irrtum ("erreur manifeste")[8] der Ablehnungsverfügung zugrunde liegt.

Die Entwicklung der Rechtsprechung des Conseil d'Etat zur Überprüfung des Ausschlusses eines Kandidaten vom "concours" läßt sich anhand der Entscheidungen Barel[9] und Vicat-Blanc[10] aufzeigen. Die Problematik des Grundrechtsschutzes, insbesondere des Rechts auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern ist zwar ebenfalls Gegenstand dieser Entscheidungen des Conseil d'Etat, sie soll jedoch in einem besonderen Abschnitt behandelt werden.[11]

---

1 C.E. 10-5-1912, Abbé Bouteyre, D.1914.3.74; C.E. 28-5-1954, Barel, R.D.P. 1954, S. 519 (523), concl. Letourneur
2 vgl. zu diesem Begriff: Hoffmann, S. 115 ff.
3 C.E. 10-8-1923, Leloutre, Rec. 686; C.E. 29-6-1938, Berger de Nomazy, Rec. 597; C.E. 24-2-1954, Delhommé, Rec. 122; C.E. 9-7-1954, Cordelet, Rec. 439 (440)
4 Silvera, fonction publique, S. 237
5 Auby-Drago, contentieux III, S. 41; Dabézies, R.D.P. 1967, S. 1135
6 vgl. C.E. 10-8-1923, Leloutre, Rec. 686
7 s. o., S. 51
8 vgl. hierzu: Landon, recours pour excès de pouvoir, S. 135 Fromont, contrôle, A.J.D.A. 1966, S. 591
9 C.E. 28-5-1954, S. 509
10 C.E. 21-12-1960, D.1961.3.421, note Chapus
11 s. unten, S.193 ff.

In dem hier in Frage stehenden Zusammenhang ist die Frage der Beweislastverteilung zwischen dem Bewerber für eine Beamtenstelle und der ihn vom "concours" ausschließenden Anstellungsbehörde von besonderer Bedeutung. Die von der Rechtsprechung ursprünglich gestellten Beweisanforderungen waren geeignet, das Prinzip des gleichen Zugangs aller zu den öffentlichen Ämtern leerlaufen zu lassen. Ähnlich wie heute im deutschen Verwaltungsprozeßrecht oblag es grundsätzlich dem Kläger, die Vermutung der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes zu widerlegen.

Von diesem Grundsatz ist der Conseil d'Etat erstmals im Fall Barel zugunsten des Klägers abgewichen.

Barel war als Anhänger der kommunistischen Partei Frankreichs wegen seiner politischen Auffassungen von der Teilnahme am "concours" der Ecole Nationale d'Administration ausgeschlossen worden. Kurze Zeit nach der ablehnenden Entscheidung veröffentlichte "Le Monde" die Erklärung eines Mitgliedes des Ministerialsekretariats, mit der die Entschlossenheit der Regierung festgestellt wurde, Mitgliedern der kommunistischen Partei grundsätzlich den Zugang zur Ecole Nationale d'Administration zu verweigern.[1]
Auch nach der Aufforderung durch den Conseil d'Etat lehnte es der Staatssekretär ab, die Nichtzulassung von Barel zu begründen. Das Gericht hob daraufhin den Ablehnungsbescheid auf, weil Barel sich auf begründete Vermutungen ("présomptions sérieuses") stützen konnte, die auf der in "Le Monde" veröffentlichten Erklärung beruhten. Da die Anstellungsbehörde die Vermutung der Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheides nicht widerlegte, betrachtete der Conseil d'Etat die von Barel vorgebrachte Vermutung als erwiesen.

---

1 Letourneur, concl. zu C.E. 28-5-1954, Barel, R.D.P. 1954, S. 519 (52

Im Fall Vicat-Blanc ging der Conseil d'Etat noch weiter. Vicat-Blanc war ebenfalls nicht zum "concours" zugelassen worden. Er konnte sich jedoch nicht einmal auf begründete Vermutungen hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der ablehnenden Entscheidung berufen. Da der Staatssekretär auch in diesem Fall die Zulassungsverweigerung nicht begründete, entschied der Conseil d'Etat, der bloße Eindruck ("l'impression") des nicht zum "concours" zugelassenen Klägers, er sei wegen seiner politischen Anschauung ausgeschlossen worden, genüge, um die Widerlegung dieser "einfachen Vermutung" von der Anstellungsbehörde zu verlangen. Da diese dem Conseil d'Etat trotz ausdrücklicher Aufforderung nicht antwortete, sah das Gericht die Anfechtungsklage als begründet an und hob den Ablehnungsbescheid auf.

Mit dieser Beweislastumkehr hat der Conseil d'Etat eine Entwicklung in Gang gesetzt, die einer Anerkennung des Rechtes auf Zulassung zum "concours" mit prozessualen Mitteln nahekommt.

In der französischen Verwaltungsrechtslehre wird als Konsequenz dieser Entwicklung die Anerkennung des Rechtes auf Zulassung zum "concours" gefordert, damit das Recht auf gleichen Zugang aller zu den öffentlichen Ämtern effektiv werde.[1]
Die Rekrutierung soll danach mehr und mehr allein durch den "concours" und die darin erbrachten Leistungen erfolgen. In diese Richtung weisen auch zwei neuere Entscheidungen des Conseil d'Etat. In den Fällen Poincin[2] und Marfaing[3] ist die Befugnis des zuständigen Ministers, Kandidaten vom "concours" auszuschließen, erneut einer kritischen Analyse unterzogen worden. Sowohl Poincin als auch Marfaing sind deshalb nicht in die Bewerberliste aufgenommen worden, weil sie von der Anstellungsbehörde

1 Silvera, fonction publique, S. 238; Bourdoncle, fonction publique, S. 67
2 C.E. 18-3-1963, Rec. 178
3 C.E. 8-10-1965, Rec. 497, concl. Bertrand

als nicht geeignet für die angestrebten Ämter angesehen wurden. In beiden Fällen hat der Conseil d'Etat die ministeriellen Entscheidungen aufgehoben und dies damit begründet, daß allein die Jury im Rahmen des "concours" über die Eignung der Kandidaten zu befinden habe. Damit hat der Conseil d'Etat den Prüfungskommissionen das Vorrecht zugestanden, die Fähigkeiten der Prüfungskandidaten allein zu beurteilen. Den Bewerbern wird hiermit eine echte Garantie gewährt.[1]
Zusammenfassend läßt sich zur Gewährung von Rechtsschutz bei der Zulassung zum "concours" sagen: Der "recours pour excès de pouvoir" wird grundsätzlich für zulässig angesehen. Der Ausschluß vom "concours" kann von jedem, der die Voraussetzungen für die Teilnahme am "concours" erfüllt,[2] mit der Anfechtungsklage angefochten werden. Der abgewiesene Bewerber hat ein Interesse an der Aufhebung des ihn vom "concours" ausschließenden Verwaltungsaktes.[3]

Bei der Prüfung der materiellen Voraussetzungen der Klage ist jedoch zu beachten, daß der Verwaltung bei der Zulassung eines Bewerbers zum "concours" ein Beurteilungsspielraum ("pouvoir d'appréciation") eingeräumt wird. Ein Recht auf Zulassung zum "concours" ("droit à concourir") wird (noch) nicht anerkannt. Der Beurteilungsspielraum wird jedoch durch die Verpflichtung eingeschränkt, die Kandidaten nicht wegen ihrer politischen Meinung,[4] ihrer religiösen Überzeugung[5] oder ihres Geschlechts[6] zu diskriminieren.

---

1 Puisochet et Lecat, A.J.D.A. 1966, S. 157
2 C.E. 11-12-1903, Lot, Rec. 780; C.E. 27-12-1927, Lelong, D. 1928 3.31, note Appleton; C.E.23-12-1953, Constant, Rec. 609
3 C.E. 29-7-1953, Lingois, D. 1954.3.99, note Morange
4 C.E. 28-5-1954, Barel, R.D.P. 1954, S. 509
5 C.E. 8-12-1948, Pasteau, Sirey 1949.3.41, note Rivero; C.E. 3-5-1950, Jamet, Sirey 1951.3.73, note Delpech
6 C.E. 24-1-1908, Gandré, Rec. 81; C.E. 3-7-1936, Bobard, D.1937.3.3 concl. Latournerie; C.E. 3-12-1948 Dame Louys, Rec. 451;C.E.2-5-19 Viauroux, Rec. 280; C.E. 22-4-1960, Dame Legrand, Rec. 261; C.E.23 1968, Michel, Rec. 132; C.E. 28-1-1972, Fédération générale des Sy dicats de la police C.G.T. et autres, Rec. 89; C.E. 21-4-1972, Syn dicat chrétien du corps des officiers de police, Rec. 300;

Die Beachtung des Grundrechtes des freien Zugangs aller zu den öffentlichen Ämtern wird dadurch gewährleistet, daß ein nicht zugelassener Bewerber von der Erbringung des Beweises der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes befreit wird, die Verwaltung dagegen verpflichtet wird, die Gründe ihrer Entscheidung den Gerichten zu offenbaren.

In der Lehre wird gegenüber der vorsichtigen Ausdehnung des Rechtsschutzes bei der Zulassung zum "concours" durch den Conseil d'Etat die Anerkennung eines Rechtes auf Zulassung zum "concours" gefordert. Es wird geltend gemacht, ohne die Anerkennung dieses Rechtes werde das Prinzip des gleichen Zugangs nicht effektiv und verhindert, daß allein die Leistungen im "concours" für die Aufnahme in den öffentlichen Dienst maßgebend seien.[1] Die Aufrechterhaltung eines Beurteilungsspielraumes, den die Verwaltung im Interesse des Dienstes besitze, sei keine gesetzliche Bedingung, sondern eine einfache Bezugsnorm ("une simple norme de référence"), die Nichteinmischung des Conseil d'Etat in den Funktionsablauf der Verwaltung mache diesen Bereich zu einem juristischen "Niemandsland".[2]

Daneben wird ein Recht der Stellungnahme und der Verteidigung zugunsten des Bewerbers, und zwar vor Erlaß der Ermessensentscheidung verlangt.[3]

Die Entwicklung des Rechtsschutzes gegen den Ausschluß vom "concours" zeigt daher, daß sich das Spannungsverhältnis zwischen dem Beurteilungsspielraum und den Individualrechten der Beamten zugunsten eines "Quasi-Rechtes" auf Zulassung zum "concours" verlagert und es nur mehr ein kleiner Schritt ist, dieses Recht als Vollrecht

---

1 Letourneur, concl. zu C.E. 28-5-1954, Barel, R.D.P. 1954, S. 533; Dabézies, R.D.P. 1967, S. 1189
2 Dabézies, a.a.O., S. 1140
3 Lavau, J.C.P. 1953, I, Nr. 1128

anzuerkennen. Dies ist auch deshalb gerechtfertigt, weil Beweiserleichterungen allein keine befriedigende Lösung des Rechtsschutzproblems darstellen. Wenn nämlich der ausgeschlossene Bewerber nicht einmal den Eindruck der ungerechtfertigten Benachteiligung darlegen kann, dann nützt ihm die Beweislastumkehr nichts, denn er ist in den seltensten Fällen in der Lage, derart "begründete Vermutungen" vorzubringen, daß es der Anstellungsbehörde obliegt, diese zu widerlegen. Es reicht aus, daß bei dem Ausschluß eines Kandidaten die Anstellungsbehörde absolutes Stillschweigen über die wahren Gründe der Ablehnung bewahrt, dann hat die Anfechtungsklage wenig Aussicht auf Erfolg.[1]

2. Ordnungsgemäßer Ablauf des "concours"
("régularité du concours")

Der "concours" wird vom zuständigen Minister durch Erlaß eröffnet.[2] In diesem Erlaß werden die Anzahl der Plätze, der Zeitpunkt der Prüfungen und die Meldefrist festgelegt. Vor dem Beginn der Prüfungen kann die Anzahl der zu besetzenden Stellen noch geändert werden.[3] Nach dem Ablauf der Einschreibungsfrist dürfen dagegen die Bedingungen für den "concours" nicht mehr modifiziert werden.[4] Die Anstellungsbehörde ist nicht verpflichtet, festgesetzte Zeitpunkte für die Durchführung des "concours" einzuhalten. Die Zweckmäßigkeit der vor Eröffnung des "concours" getroffenen Maßnahmen richtet sich allein nach den Erfordernissen des Dienstes. Diese Maßnahmen sind verwaltungsgerichtlich nicht anfechtbar,[5] weil sie keine Rechtswirkungen hervorrufen und auch nicht im Interesse der Teilnehmer am "concours", sondern allein im Interesse der Verwaltung ergehen.

---

1 Morange, liberté d'opinion, D. 1953, chron. S. 156
2 Art. 29 des Gesetzes vom 24.3.1951
3 C.E. 14-11-1941, Vincens, Rec. 188; C.E. 4-6-1948, Fromont, Rec. 24
4 C.E. 29-10-1948, Bousquié-Lerbet, Rec. 399
5 Waline, concours, R.I.S.A. 1957, S. 282

Die Rechtsprechung ist bestrebt, die Unabhängigkeit der Prüfungskommissionen zu garantieren und deren Befugnisse zu konkretisieren. Die Auswahl der Jurymitglieder obliegt dem zuständigen Fachminister, der es in der Hand hat, bestimmte Persönlichkeiten abzulehnen, wenn deren Unabhängigkeit umstritten ist. Einige Prüfungsordnungen gewähren den Kandidaten ein Recht auf Ablehnung eines Jurymitgliedes wegen Befangenheit.[1] Dabei genügt nach der Rechtsprechung des Conseil d'Etat die Tatsache, daß ein Mitglied des Prüfungsausschusses öffentlich seine Abneigung gegen die Besetzung einer Stelle mit einer Frau kundgetan hat, um die Entscheidungen der Jury rechtswidrig zu machen, weil mit dieser öffentlichen Erklärung gegenüber den weiblichen Kandidaten die Garantie der Unparteilichkeit ("l'impartialité") verletzt worden ist.[2]

Wenn die Jury nicht ordnungsgemäß besetzt ist, dann sind die in der fehlerhaften Besetzung getroffenen Entscheidungen rechtswidrig und werden vom Conseil d'Etat unter dem Gesichtspunkt des Verfahrensfehlers ("vice de procédure") aufgehoben.[3]

Der gesamte Ablauf, die Bedingungen, die Art und die Bewertung der Prüfungen sind im einzelnen in den Prüfungsordnungen geregelt. Bei einem Verstoß gegen Prüfungsvorschriften zieht der Conseil d'Etat im Rahmen des Aufhebungsgrundes "Formfehler",seine bekannte Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Förmlichkeiten,heran.[4] Wenn das Gericht davon überzeugt ist, daß die gerügte Verletzung der Prüfungsordnung das Ergebnis des "concours" nicht beeinflußt hat, dann wird der "concours" nicht aufgehoben.[5] Bezieht sich dagegen die Abweichung

---

1 C.E. 19-11-1958, Butori, Rec. 565; C.E. 8-2-1965, Tremblay, Rec. 88; C.E. 9-11-1966, Commune de Clohars-Carnoët, A.J.D.A. 1967, S. 51
2 C.E. 8-12-1944, Pasquier, Rec. 318 (319); C.E. 22-6-1956, Hassim Trad, Rec. 257 (258)
3 C.E. 9-11-1966, Commune de Clohars-Carnoët, A.J.D.A. 1967, S. 51
4 s. oben, S. 50
5 C.E. 28-1-1916, Gros, Rec. 47; C.E. 13-7-1917, Bérillan, Rec. 571; C.E. 4-7-1952, Decharme, Rec. 362

von den Normen der Prüfungsordnung auf wesentliche Förmlichkeiten, dann folgt daraus die Nichtigkeit des "concours" und seiner Ergebnisse. Der Conseil d'Etat wacht unnachsichtig über die Einhaltung der Förmlichkeiten.[1]

3. Beurteilung der Prüfungsleistungen ("appréciation de la valeur des épreuves"

Innerhalb des "concours" obliegt die Beurteilung der Prüfungsleistungen allein der Jury. Der Conseil d'Etat geht grundsätzlich von der Unanfechtbarkeit der Benotung durch die Jury aus. In besonderen Fällen werden jedoch die Bedingungen, unter denen die Jury die Prüfungen abgenommen hat, überprüft. Dies insbesondere dann, wenn das Zusammentreffen verschiedener Umstände auf die Parteilichkeit der Jury schließen läßt.
Das war der Fall bei der bekannten Entscheidung Lévy.[2] Lévy war einer von zehn Kandidaten einer medizinischen Prüfung. Neun der Bewerber bestanden die Prüfung, Lévy dagegen als einziger nicht. Er stützte seine Klage vor allem darauf, daß die Jury den "concours" nicht ordnungsgemäß durchgeführt habe. Die Mitglieder der Prüfungskommission hätten nämlich bereits vor dem "concours" erkennen lassen, daß nur neun Kandidaten die Prüfung bestehen werden. Der eigentliche "concours" wäre damit nur noch eine reine Formsache gewesen und hätte keinen Einfluß mehr auf die Notengebung ausgeübt. Diese Behauptunge wurden durch weitere Umstände der Durchführung des "concours" unterstützt. Vor der Bekanntgabe der Zusammensetzung der Jury hatten sich 39 Kandidaten zum "concours" eingeschrieben. Nach Bekanntwerden der Namen der Jurymitglieder stellten sich nur noch 14 Bewerber den Prüfungen, von denen weitere vier im Verlauf der Prüfungen aufgaben. Es blieben also nur noch zehn Kandidaten übrig, obwohl

---

1 C.E. 20-5-1955, Poirier, D. 1955.J.457, concl. Mosset; C.E. 27-10-Sudaka, D.1966.J.145, note Gilli
2 C.E. 23-12-1955, D.1956.J.27, concl. Lasry

sich unter den 29 Bewerbern, die sich dem "concours" entzogen, eine Reihe von fachlich anerkannten Medizinstudenten befand. Hinzu kam, daß die neun erfolgreichen Kandidaten alle 18 medizinischen Untersuchungen mit der Einheitsnote 20 bestanden, während Lévy nur die Noten 18,75 und 19,75 erzielte.

Der Conseil d'Etat hob die Entscheidung über die Nichtzulassung von Lévy deshalb auf, weil die Jury gegen Vorschriften der Prüfungsordnung verstoßen und den Gleichheitsgrundsatz nicht beachtet hatte. Das Gericht nahm also den Aufhebungsgrund der Gesetzesverletzung ("violation de la loi") an.[1]

In einer anderen Entscheidung des Conseil d'Etat, dem Fall Sudaka et Lamas[2], wirkten Mitglieder der Prüfungskommission in der Weise auf die Kläger ein, daß diese auf die Teilnahme an einem "concours", zu dem sie bereits zugelassen waren, verzichteten. Das Verwaltungsgericht hob den "concours" auf, an dem Sudaka und Lamas nicht teilgenommen hatten. Der Conseil d'Etat hat auch die Berufung des Erziehungsministers zurückgewiesen und die erstinstanzliche Aufhebung des "concours" bestätigt. Das Gericht hat das "Interesse" der Kläger bejaht und ist damit von dem Grundsatz abgewichen, daß nur die Kandidaten, die am "concours" teilgenommen haben, ein Interesse an dessen Aufhebung haben.[3] Im übrigen hat der Conseil d'Etat in dieser Entscheidung nur noch geringe Anforderungen an die Beweisführung gestellt.[4]

Es zeigt sich hier eine sehr starke Ähnlichkeit der Nachprüfung von Prüfungsentscheidungen im französischen und deutschen Verwaltungsrecht. In der Sache ist die gleiche Begründung maßgeblich: Die Bewertung der Jury

---

1 concl. Lasry zu C.E. 23-12-1955, D.1956.J.27
2 C.E. 27-10-1965, D.1966.J.145, note Gilli
3 vgl. Gilli, note zu C.E. 27-10-1965, Sudaka et Lamas, D.1966.J.145(147)
4 vgl. Gilli, a.a.O., S. 148

wird als nicht nachprüfbar angesehen, weil es sich um höchstpersönliche und nicht nachvollziehbare Entscheidungen über die Beurteilung von Prüfungsergebnissen handelt, die einer besonderen Sachgesetzlichkeit unterliegen, während Verstöße gegen den Gleichheitsgrundsatz, die Unparteilichkeit und insbesondere gegen die Prüfungsordnungen verwaltungsgerichtlich kontrolliert werden.

Wenn die Jury die Prüfungsleistungen benotet hat, dann werden die Prüfungskandidaten nach der Rangfolge ihrer Gesamtnote in eine Liste aufgenommen.[1] Nach der Erstellung dieser Liste darf die Rangfolge weder durch die Jury[2] noch durch die Anstellungsbehörde[3] verändert werden.

Der Conseil d'Etat überprüft im übrigen, ob die Anstellungsbehörde bei der Ernennung den Vorschlägen der Jury folgt.[4] Der "recours pour excès de pouvoir" gegen die Einstufung in dieser Liste wird wegen deren Zugehörigkeit zur Ernennung als zulässig angesehen.[5]

Die Rechtsprechung, die eine Überprüfung der Bewertung der im "concours" erbrachten Leistungen grundsätzlich ablehnt, die Klage gegen die Einstufung nach dem "concours" dagegen zuläßt, wird zum Teil in der Lehre als anfechtbar bezeichnet,[6] weil die Bewertung als solche bereits eine unmittelbare Rechtswirkung hervorrufe. Die Rechtfertigung des Conseil d'Etat, der die Notengebung als einen innerdienstlichen Akt einstuft, wird als wenig überzeugende Begründung angesehen,[7] da gerade die Benotung für sich allein bereits die Rechtsstellung des Beamten berühre.

---

1 Auby-Ducos-Ader, précis, S. 83
2 C.E. 19-2-1954, Thibaux, Rec. 114
3 C.E. 17-6-1964, Sans, Rec. 1044
4 C.E. 17-6-1964, Poincin, Rec. 337
5 C.E. 18-3-1949, Chalvon-Demersay, Rec. 134; Auby-Drago, contentieux II, S. 472
6 Auby-Drago, a.a.O., S. 472
7 Auby-Drago, a.a.O., S. 472

Auf die Problematik der Anfechtung von Noten und Beurteilungen wird im Rahmen der Erörterung der dienstlichen Beurteilung ("notation") noch einzugehen sein.[1]

4. Ernennung ("nomination")

Beamter ist nach Art. 1 des Beamtenstatuts von 1959, wer auf Dauer eingestellt ist und eine Dienststellung innerhalb der staatlichen Zentralverwaltung innehat.[2]

Aus dieser Definition des französischen Beamten folgt, daß die Ernennung und die Zuweisung einer Dienststelle ("titularisation"), die beiden wesentlichen Akte sind, die für den Erwerb der Beamteneigenschaft vorausgesetzt werden. Der Rechtsschutz des französischen Beamten gegen fehlerhafte Ernennungen hängt wesentlich von der Frage ab, wie weit die Ermessensausübung der Verwaltung in diesem Bereich eingeschränkt werden kann.

Ein nahezu freies Ermessen wird der Anstellungsbehörde bei der Auswahl hoher Beamter eingeräumt.[3] Hierzu rechnen z. B. Botschafter, Präfekten und Abteilungsleiter in der staatlichen Zentralverwaltung. Für alle übrigen Beamten hat die Rechtsprechung bestimmte Grundsätze der Wirksamkeit der Ernennung herausgearbeitet.

Eine Ernennung darf nur ausgesprochen werden, wenn eine Stelle offen ist.[4] Die Verletzung dieses Grundsatzes zieht bestimmte Rechtsfolgen nach sich. So sind rückwirkende Ernennungen deshalb nichtig, weil sie gegen das Prinzip der Nichtrückwirkung von Verwaltungsakten verstoßen.[5] Vorweggenommene Ernennungen werden wegen zeitlicher Unzuständigkeit ("l'incompétence ratione temporis")

---

1 s. unten, S. 102
2 s. oben, S. 18
3 Catherine, fonctionnaire, S. 102, Silvera, fonction publique, S. 253
4 Art. 4 des Beamtenstatuts von 1959
5 C.E. 20-12-1939, Andrieux, Rec. 598; Auby, RDP 1953, S. 7 ff.

aufgehoben.[1] Die für die Ernennung zuständige Behörde darf den Zeitpunkt der Ernennung deshalb nicht auf einen in der Zukunft liegenden Termin hinausschieben, weil sie damit in die Ernennungsbefugnis einer möglichen Nachfolgebehörde eingreift. Auch die lediglich pro forma ausgesprochenen Ernennungen ("nominations pour ordre") werden als nichtig betrachtet, weil hier im Rechtssinne überhaupt kein Akt der Ernennung vorliegt.[2]

Der Conseil d'Etat hat darüber hinaus in ständiger Rechtsprechung die Ernennungszusage wegen Vorliegens des Aufhebungsgrundes Unzuständigkeit aufgehoben.[3]

Die Rechtsprechung hat die Grenzen der Ernennungsbefugnis der Anstellungsbehörde bestimmt. Dabei überprüft sie die Ernennungsbefugnis nur im Rahmen der "Mindestkontrolle" ("contrôle minimum"),[4] d. h. vor allem im Hinblick auf das Vorliegen eines Rechtsirrtums ("erreur de droit") oder der Verfolgung eines sachlich falschen Zwecks ("détournement de pouvoir"). Der Conseil d'Etat hat in der Entscheidung Bruère[5] den Beurteilungsspielraum des Ministers bei der Ernennung deshalb anerkannt, weil es an gesetzlichen Einschränkungen der Ernennungsbefugnis fehle. Andererseits zögert die Rechtsprechung jedoch nicht, ihre Kontrolle auf alle Elemente des Verwaltungsaktes auszudehnen. So wird insbesondere das Verhältnis zwischen dem Gegenstand ("l'objet") und den Voraussetzungen einer Entscheidung ("les motifs") dann untersucht, wenn die Maßnahmen der Ernennungsbehörden geeignet sind, auf die Rechtsstellung des Bewerbers einzuwirken, wobei in vielen Fällen eine Verletzung der Grundrechte in Betracht kommt.

---

1 vgl. Auby-Drago, contentieux II, S. 580; Auby, R.D.P. 1953, S. 7 ff.
2 C.E. 6-2-1948, Bonfanti, Rec. 61; C.E. 30-6-1950, Massonaud, Rec. 40
C.E. 27-4-1956, Egaze, Rec. 172
3 C.E. 19-10-1957, Bouveret, Rec. 542; C.E. 5-10-1965, Turquet, Sirey 1965.3.55
4 s. oben, S. 71; C.E. 8-2-1965, Bocage, Rec. 81; C.E. 31-3-1965, Commune de Collobrières, Rec. 215
5 C.E. 30-4-1950, Rec. 400

Ein absolutes Recht auf Ernennung wird dagegen nicht anerkannt.[1] Die für die Ernennung zuständige Behörde ist lediglich verpflichtet, die von der Jury aufgestellte Rangfolge ("classement") zu beachten. Von dieser Einschränkung abgesehen ist die Ernennungsbehörde bei der Beurteilung der Frage, ob das dienstliche Interesse eine Ernennung erfordert oder nicht, frei. Auch wenn eine Stelle offen ist, überschreitet die Behörde nicht ihre Ernennungsbefugnis, wenn sie zunächst aus dienstlichen Gründen von der Ernennung absieht.[2]

Die Nachprüfung der Ernennungsbefugnis bezieht sich also nur darauf, ob die Verwaltung die Rangfolge der im "concours" angenommenen Kandidaten beachtet hat oder bei der Ernennung dem dienstlichen Interesse zuwiderlaufende Zwecke verfolgt hat.

Die Zweckmäßigkeit der Ernennung unterliegt nicht der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Der sehr weitgehende Beurteilungsspielraum der Verwaltung bei der Ernennung wird vor allem auf das Bestehen eines Unterordnungsverhältnisses ("rapport d'inferiorité") zwischen dem Bewerber für ein öffentliches Amt und der Verwaltung gestützt.[3] So ist im französischen Recht im Stadium der Zulassung zum "concours" wie auch bei der eigentlichen Ernennung, die rechtliche Position des Bewerbers schwach, seine Interessen werden den Erfordernissen der Funktionsfähigkeit der Verwaltung untergeordnet.

Gegen die Begründung des Conseil d'Etat für die Beibehaltung des Beurteilungsspielraums der Ernennungsbehörde ließe sich einwenden, dieser Spielraum sei nicht präzise genug abgegrenzt und dem Beamten werde der Rechtsschutz allzu leicht durch eine extensive Auslegung des Begriffes "dienstliches Interesse" versagt.

---

1 C.E. 12-11-1938, Albert, Rec. 837; C.E. 16-5-1941, Honorat, Rec. 85; C.E. 3-7-1963, Batmanian, Rec. 416; C.E. 10-12-1965, Territoire des Comores, Rec. 678

2 C.E. 4-7-1952, Boudol, Rec. 360; C.E. 1-2-1950, Gardies, Rec. 68

3 Vincent, S. 110; Plantey I, S. 276; C.E. 7-11-1922, Sessar, Rec. 787 u. 846; C.E. 8-2-1965, Bocage, Rec. 81

Andererseits gibt es im französischen Verwaltungsrecht nicht die Lehre von der "Bestandskraft der Ernennung". Die Klage des Beamten ist auch gegen die Entscheidungen der Verwaltung zulässig, welche die Laufbahn eines anderen Beamten betreffen, wenn mit ihnen Auswirkungen auf die eigene Laufbahn verbunden sind.[1] Die rechtswidrig erfolgte Ernennung kann also auf die Klage des Konkurrenten hin aufgehoben werden.[2] Es gibt in Frankreich neben der Anfechtungsklage keine Verpflichtungsklage, deshalb kann der Verwaltungsrichter selbst keine Ernennung anstelle der Verwaltung aussprechen. Nach der Aufhebung der Ernennung durch ein verwaltungsgerichtliches Urteil sind sämtliche Entscheidungen des zu Unrecht ernannten Beamten für die Zukunft rechtswidrig.[3] Die Anstellungsbehörde ist deshalb auch ohne eine durch Urteil ausgesprochene Verpflichtung zur Ernennung eines anderen Beamten gezwungen, weil sie den Erlaß von rechtswidrigen Verwaltungsakten nicht hinnehmen kann.

Die Klagemöglichkeit ist jedoch dann nicht gegeben, wenn gegen die Ernennung eines Beamten vorgegangen wird, der mit dem klagenden Beamten laufbahnmäßig nicht konkurrieren kann.[4] So kann insbesondere ein Vorgesetzter nicht gegen die Ernennung seines Untergebenen klagen, weil dieser nicht die gleichen laufbahnmäßigen Voraussetzungen mitbringt. Entsprechendes gilt für den umgekehrten Fall.

Diese Differenzierung erlaubt eine sachgerechte Einschränkung des Rechtsschutzes und ist ähnlich wie im deutschen Verwaltungsrecht bei der Begrenzung des Rechtsschutzes im Rahmen der Nachbarklage des Baurechts geeignet, zwischen erforderlicher Rechtsschutzgewährung und unangemessener Rechtsschutzausdehnung eine rechtsstaatlich vertretbare Grenzlinie zu ziehen.

---

1 C.E. 6-2-1948, Mollet, Rec. 62; C.E. 31-1-1961, Couput, Rec. 357
2 Auby-Ducos-Ader, précis, S. 95; C.E. 21-11-1962, Pelbois, Rec. 624
3 Waline, précis II, S. 46
4 C.E. 8-7-1949, Limayrac, Rec. 339; C.E. 22-11-1961, Salles, Rec. 108

Rechtsvergleichendes Ergebnis

Das Problem eines effektiven Rechtsschutzes bei der Aufnahme in den öffentlichen Dienst wird in beiden Rechtsordnungen diskutiert. Die Versuchung der jeweiligen Inhaber der Exekutivgewalt, mißliebigen Bewerbern den Zugang zum öffentlichen Dienst zu verwehren und andererseits genehme Bewerber vorzuziehen, ist unverkennbar. Soweit es um die Begünstigung von Bewerbern geht, spricht man im deutschen Rechtsbereich von Ämterpatronage,[1] in Frankreich von "favoritisme",[2] wobei die Vergleichung des Ausleseverfahrens beider Länder deshalb besonders angezeigt ist, weil es im deutschen Recht mit Ausnahme des Auswärtigen Dienstes kein wettbewerbliches Auswahlverfahren gibt, sondern die öffentlichen Bediensteten durch die zuständigen Anstellungsbehörden eingestellt werden und das Fehlen des "concours" zumindest bei oberflächlicher Betrachtung auf einen weniger ausgeprägten Rechtsschutz schließen läßt.

Es ist nicht zu leugnen, daß die Personalauslese im Wege des "concours" den Rechtsschutz des Bewerbers für ein öffentliches Amt bereits im Vorfeld der Ernennung verstärkt und ein gesetzlich geregeltes Auswahlverfahren dem Leistungsprinzip mehr entspricht als die Einstellung eines Beamten ohne "concours". Dennoch hat die Anstellungsbehörde auch in Frankreich bei der Einstellung eines Beamten einen vom Verwaltungsgericht nur beschränkt nachprüfbaren Ermessensspielraum. Ein Bewerber kann von der Zulassung zum "concours" ausgeschlossen werden, wenn er durch sein Verhalten gezeigt hat, daß er bei seiner Tätigkeit im öffentlichen Dienst nicht neutral und unparteiisch sein wird. Der französische Beamte ist jedoch insoweit besser gestellt, als ihm die Rechtsprechung des Conseil

---

1 vgl. Eschenburg, Ämterpatronage, S. 10 ff.; Wiese, Der Staatsdienst in der BRD, S. 239 ff.
2 Waline, précis II, S. 91; Auby-Ducos-Ader, précis, S. 108

d'Etat bestimmte Beweiserleichterungen zugesteht und darüber hinaus die Ernennung nicht als so bestandskräftig angesehen wird, daß sie nicht im Falle ihrer Rechtswidrigkeit auf die Klage des durch sie betroffenen Konkurrenten aufgehoben werden könnte.
Diese Auffassung stützt daher die hier vertretene Ansicht, daß auch im deutschen Recht die Möglichkeit bestehen sollte, eine Ernennung rückgängig zu machen. Die Bestandskraft der Ernennung gehört im übrigen nicht zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums; von einem solchen Grundsatz kann nämlich nur dort die Rede sein, wo es sich um Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums handelt.[1]

Die Existenz einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle in diesem Bereich bewirkt zumindest einen "Legalitätsreflex", der die Anstellungsbehörde bei der Ernennung zur Selbstkritik erzieht und die Ämterpatronage einschränken hilft.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß der Rechtsschutz des französischen Beamten bei der Aufnahme in den öffentlichen Dienst ausgeprägter ist als der Rechtsschutz des deutschen Beamten. Eine Abhilfe ist hier nur durch die Anerkennung der Klagemöglichkeit gegen rechtswidrig erfolgte Ernennungen sowie die Schaffung eines objektiven Auswahlverfahrens zu erwarten.

Der "concours" hat sich in Frankreich in langer Praxis bewährt, seine unbestreitbaren Vorzüge könnten auch im deutschen Beamtenrecht zu einer Verstärkung des Rechtsschutzes und zu einer sachgerechteren Auswahl des Beamtennachwuchses führen.

Wegen des zentralistischen Aufbaus der staatlichen Verwaltung ist jedoch in Frankreich die Durchführung des Systems der Wettbewerbsprüfung leichter als im bundesstaatlichen Aufbau der deutschen Verfassungsordnung.

---

1 Maunz-Dürig-Herzog, Rd Nr. 53, Art. 33 GG; Ule, öffentlicher Dienst, Grundrechte IV, 2, S. 570

III. Beförderung und dienstliche Beurteilung im deutschen Recht

1. Beförderung

Die Beförderung ist eine Ernennung, mit der dem Beamten ein anderes Amt mit höherem Endgrundgehalt und anderer Amtsbezeichnung verliehen wird.[1]

Wendet sich der Beamte gegen eine unterlassene Beförderung, dann kann er mit einer Verpflichtungsklage nach Ablehnung seines Antrages die Verurteilung zur Vornahme der abgelehnten Beförderung begehren. Die Klagebefugnis ist zu bejahen, wenn vorgetragen wird, daß der Beamte in seinem subjektiven öffentlichen Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens bei der Entscheidung über den Beförderungsantrag verletzt worden ist.[2]

Bei der Erörterung der Klagebefugnis des nichtbeförderten Beamten kommt es auf die Anerkennung eines Rechtes auf Beförderung nicht an, da es allgemeiner Auffassung entspricht, daß dem Beamten im Hinblick auf die Beförderung gewisse Rechtsansprüche zustehen, die sich aus der genannten Pflicht zur fehlerfreien Ermessensausübung und aus der Fürsorgepflicht des Dienstherrn ergeben.[3] Die Verpflichtungsklage ist begründet, soweit die Ablehnung oder die Unterlassung der Beförderung rechtswidrig ist und der Beamte dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 4 VwGO). Die Ablehnung der Beförderung ist zunächst dann rechtswidrig, wenn dem Beamten ein Beförderungsanspruch zusteht. Der Beamte hat grundsätzlich keinen Rechtsanspruch auf Beförderung.[4] Dies wird damit begründet, daß die Beförderung in das Ermessen des Dienstherrn gestellt sei.[5] Die Beförderung sei eine Maß-

---

1 Fischbach, Bd. I, Anm. I, § 23 BBG; v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 67
2 Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. III, 3, § 42 VwGO
3 Schack, ZBR 1963, S. 354; a.M.BverwGE 15, S. 3 (7); offengelassen in: BverwG DVBl. 1963, S. 678
4 Fischbach, Bd. I, Anm. I, 2, § 23 BBG; Plog-Wiedow, Anm. 8, § 23 BBG; Schack, Beförderung, ZBR 1961, S. 226; Vallendar, DÖD 1973, S. 4; Heise, ZBR 1969, S. 165
5 BverwGE 15, S. 3 (5)

nahme, die von jeher nicht im Interesse des Beamten, sondern ausschließlich im öffentlichen Interesse vorgenommen werde.[1] Ein Anspruch auf Beförderung lasse sich auch nicht aus der Verletzung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüber dem Beamten herleiten, denn diese Pflicht bestehe nur in den Grenzen des zur Zeit bekleideten Amtes.[2]

Dem wird jedoch entgegengehalten, daß die Beförderung des Beamten nach heutiger Anschauung nicht mehr allein unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses betrachtet werden dürfe, die Einbettung des öffentlichen Dienstes in die Berufswelt und das Recht auf Chancengleichheit beim leistungsgerechten Aufstieg im Berufsleben lasse vielmehr den Schluß zu, die Beförderung befriedige zumindest auch anerkannte Interessen der Beamten.

Darüber hinaus sei es denkbar, daß die aus unsachlichen und nicht gerechtfertigten Gründen erfolgte Übergehung eines zur Beförderung geeigneten Beamten eine Fürsorgepflichtverletzung beinhalte. Die Fürsorgepflicht beruhe nämlich auf dem Grundgedanken, daß der Dienstherr insbesondere bei Ermessensentscheidungen - zu denen die Beförderung gehöre - sich lediglich von sachlichen Erwägungen, Gerechtigkeit und Wohlwollen leiten lassen dürfe und verpflichtet sei, den Beamten richtig und gerecht zu beurteilen und sein Fortkommen nicht pflichtwidrig zu behindern.[4]

Das Bundesverwaltungsgericht hat es offengelassen, ob die willkürliche Verletzung beamtenrechtlicher Beförderungsvorschriften einen Anspruch auf Beförderung zur Folge haben könnte.[5] Würde ein Beförderungsanspruch des

---

1 BverwGE 15, S. 3 (6)
2 BverwGE 15, S. 3 (7)
3 Tietgen, Anm. zu BverwG, DVBl. 1963, S. 513; Schack, ZBR 1963, S. 3
4 Hess VGH, DVBl. 1960, S. 328 (330); Bay VGH, Bay VBl. 1961, (3
S. 90 (91); OVG Hamburg, Verw. Rspr. Bd. 10, Nr. 236
5 BverwGE 15, S. 3 (9)

Beamten nur bei willkürlicher Ermessensausübung des Dienstherrn bejaht, dann würde dem nichtbeförderten Beamten nur bei besonders schweren Ermessensfehlern Rechtsschutz gewährt. Die Unterscheidung zwischen Willkürakten und solchen mit einem geringen Grad an Rechtswidrigkeit scheint jedoch deshalb bedenklich, weil die rechtliche Qualität eines Aktes hiervon unberührt bleibt.[1]

Wenn auch grundsätzlich ein Rechtsanspruch des Beamten auf Beförderung mit der einhelligen Auffassung im Schrifttum und in der Rechtsprechung verneint werden muß, weil die Beförderung im Ermessen des Dienstherrn steht, zeigen die Bedenken gegen die herkömmliche Begründung der Ablehnung eines solchen Anspruchs, daß die in der Rechtsprechung als Ausnahmen von dem genannten Grundsatz anerkannten Fälle einen Ansatzpunkt für die Gewährung eines angemessenen Rechtsschutzes bieten. Hierbei dürfen die im folgenden zu erörternden Ausnahmen nicht als abschließend angesehen werden.

Wie bei der Ernennung, wird ein Rechtsanspruch bei der Beförderung dann anerkannt, wenn diese eindeutig und verbindlich von der zuständigen Behörde zugesagt worden ist.[2] Liegt eine wirksame Zusicherung vor, dann kann der Dienstherr sein Ermessen fehlerfrei nur noch durch die Vornahme der Beförderung ausüben, jede andere Ermessensentscheidung wäre fehlerhaft.

Eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz, daß kein Rechtsanspruch auf Beförderung besteht, wird dann angenommen, wenn eine gesetzliche Regelung besteht, wonach ein bestimmter Kreis von Beamten zu einem festgelegten Zeitpunkt zu befördern ist.[3]

---

1 s. oben, S. 34
2 Schack, Beförderung, ZBR 1961, S. 228; Becker, ZBR 1972, S. 69; BverwG Verw. Rspr. Bd. 18, Nr. 113; BverwGE 26, S. 31; VGH Bad-Württ., ZBR 1965, S. 91
3 BverwG, NJW 1965, S. 984; Heise, ZBR 1969, S. 166

Darüber hinaus wird der Fall einer Ermessensreduzierung auch dann anzuerkennen sein, wenn ein Beamter für längere Zeit auf einer Beförderungsstelle beschäftigt wird und der Dienstherr nach Ablauf eines ungewöhnlich langen Zeitraums die Beförderung ohne sachlichen Grund nicht vornimmt.[1] Hierin liegt ein Verstoß gegen die Fürsorgepflicht, die nicht nur in den Grenzen des zur Zeit bekleideten Amtes besteht.[2] Die Fürsorgepflicht umfaßt nämlich nach einer Reihe von Urteilen der Oberverwaltungsgerichte[3] und der Auffassung in der Literatur[4] auch das Verhalten des Dienstherrn bei der Beförderung. Vereinzelt wird noch weitergehend als bei den hier angeführten Fällen dem Beamten ein Beförderungsanspruch zugestanden, wenn der Dienstherr sich eine schuldhafte Pflichtwidrigkeit vorwerfen lassen muß und im übrigen feststeht, daß der Beamte ohne dieses Fehlverhalten befördert worden wäre.[5] Diese Formulierung beinhaltet letztlich nur eine allgemeine Fassung des bereits geschilderten Falles der Nichtbeförderung trotz langjähriger Besetzung einer Beförderungsstelle.

Selbst wenn man den Rechtsschutz durch derartige Ausnahmefälle erweitert, scheitert genau wie bei der Ernennung eine befriedigende Rechtsschutzlösung an der nach h.M.[6] formell rechtskräftigen Beförderung eines Dritten.

Wird entgegen einer wirksamen Zusicherung ein Dritter rechtswidrig befördert, dann muß sich der zu Unrecht nicht beförderte Beamte auf einen Schadensersatzanspruch verweisen lassen. Dies wird damit begründet, daß einmal

---

1 Vallendar, DÖD 1973, S. 6
2 so aber noch BverwGE 15, S. 3 (7); offengelassen in: BverwG, DVBl. 1963, S. 678
3 Hess VGH, DVBl. 1960, S. 328; Bay VGH, BayVBl. 1961, S. 90; OVG Hamburg, Verw.Rspr. Bd. 10, Nr. 236; OVG Lüneburg, DÖV 1967, S.42
4 v. Münch, Bes. Verw.recht, S. 68; Schack, Beförderung, ZBR 1961, S.22 Heise, ZBR 1969, S. 167
5 OVG Lüneburg, DÖV 1967, S. 426; Heise, ZBR 1969, S. 167
6 s. oben, S.65 ; Tietgen, DVBl. 1963, S. 513 (514)

erfolgte Beförderungen unter dem Gesichtspunkt der "Stabilität der Staatsorganisation" rechtsbeständig seien, soweit nicht einer der in den Beamtengesetzen erschöpfend aufgezählten Rücknahmegründe vorliegt.[1] Diese Begründung, die bereits bei der Ernennung ausführlich erörtert und einer kritischen Analyse unterzogen worden ist,[2] vermag auch bei der Beförderung nicht zu überzeugen. Die Gefahr der Ämterpatronage spielt bei der Beförderung die gleiche Rolle wie bei der Einstellung des Beamten. Dem Argument, es liege im öffentlichen Interesse, einmal erfolgte Beförderungen aufrechtzuerhalten, ist entgegenzuhalten, daß die Beseitigung zu Unrecht erfolgter Beförderungen und die Beförderung der qualifiziertesten Bewerber letztlich mehr dem Staatsnutzen dient als das unbefriedigende Festhalten an fehlerhaft zustandegekommenen Beförderungen.

Wenn das Berufsbeamtentum die öffentlichen Aufgaben bestmöglich wahrnehmen soll und ein öffentliches Interesse an der Besetzung aller Dienststellen mit den fachlich geeignetsten Beamten besteht,[3] dann läßt sich mit dem Argument der "Stabilität der Staatsorganisation" die Bestandskraft rechtswidriger Beförderungen nicht mehr rechtfertigen. Diese Bestandskraft der Beförderung gehört auch nicht zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums.[4]

Die Befürchtung, daß eine derartige Rechtsschutzausdehnung entsprechend der Lösung der Nachbarklage im Baurecht mit unüberwindlichen Schwierigkeiten verbunden sei, läßt sich mit dem Hinweis ausräumen, daß die Verpflichtungsklage des übergangenen Beamten nur dann be-

---

1 s. oben, S. 65 ; Tietgen, DVBl. 1963, S. 513 (514)
2 s. oben, S. 65 u. 66
3 Oppenheimer, ZBR 1971, S. 190
4 s. oben, S. 86

gründet ist, wenn der Dienstherr sein Auswahlermessen, das sehr weit geht und in der Regel eine Vielzahl sachlicher Erwägungen umfaßt,[1] überschreitet. Eine Fürsorgepflichtverletzung ist insoweit nur im Falle schwerwiegender Ermessensfehler gegeben.

Die aus der Rechtsprechung zur Frage der Schadensersatzansprüche nichtbeförderter Beamte bekannten Fälle zeigen, daß es hier nicht nur um theoretische Fallkonstellationen geht. So ist eine Ermessensüberschreitung dann angenommen worden, als der Dienstherr die Entscheidung über die Beförderung nicht nach seinem eigenen Ermessen getroffen hat, sondern dabei den von unsachlichen Erwägungen diktierten Forderungen dritter Stellen gefolgt ist[2] oder einen Beamten deshalb übergangen hat, weil er einer dem Dienstherrn nicht genehmen Gewerkschaft angehörte.[3]

Ein weiteres Erschwernis für die verwaltungsgerichtliche Durchsetzung des Anspruchs auf Beförderung ist die Koppelung des Auswahlermessens mit den unbestimmten Rechtsbegriffen "Eignung", "Befähigung" und "fachliche Leistung", die nur in beschränktem Umfang gerichtlich nachprüfbar sind, weil der Dienstherr bei der Subsumtion unter diese Begriffe einen gewissen Beurteilungsspielraum hat.

Im Rahmen des Beförderungsverfahrens ist insoweit die dienstliche Beurteilung des Beamten von entscheidender Bedeutung. Es ist daher in diesem Zusammenhang der Rechtsschutz des Beamten gegen fehlerhafte Beurteilungen zu untersuchen, bevor die Darstellung des französischen Rechts folgt.

---

1 vgl. BverwGE 15, S. 3 (7)
2 BGHZ 15, S. 185
3 BGHZ 21, S. 256

2. Beurteilung

Die dienstliche Beurteilung des Beamten ist in den Beamtengesetzen nicht geregelt. Die Klärung zahlreicher Fragen des Beurteilungswesens ist deshalb der Rechtsprechung überlassen, die entsprechende Grundsätze entwickelt hat. Diese Grundsätze werden jedoch nur dann effektiv, wenn ihre Einhaltung der gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

Die Beurteilung des Beamten stellt wie die Prüfungsentscheidung die Bewertung von Leistungen dar, die für die berufliche Zukunft von ausschlaggebender Bedeutung ist. Hinzu kommt, daß die dienstliche Beurteilung als Mittel einer den Leistungsgrundsatz verwirklichenden Personalpolitik die Grundlage zur Auswahl der fähigsten Mitarbeiter ist.[1]
Nach einer Neufassung der Bundeslaufbahnverordnung vom 27. 4. 1970 bestimmt nunmehr § 34 Abs. 1, daß die Beurteilung dem Beamten in ihrem vollen Wortlaut zu eröffnen und mit ihm zu besprechen ist. Die Einführung dieses Beurteilungsgesprächs ist ein Mittel, den bei allen in der öffentlichen Verwaltung verwendeten Beurteilungssystemen vorherrschenden subjektiven Eindruck des Beurteilenden abzuschwächen. In der persönlichen Besprechung der Beurteilung kann der beurteilte Beamte auf bisher noch nicht herangezogene Gesichtspunkte hinweisen und damit zu einer objektiveren Beurteilung beitragen.[2]

Die Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen die Beurteilung setzt zunächst einmal voraus, daß diese ein Verwaltungsakt ist und der Beamte geltend macht, durch die Beurteilung in seinen Rechten verletzt zu sein. Die Frage, ob die dienstliche Beurteilung des Beamten ein anfechtbarer Verwaltungsakt ist, ist in Rechtsprechung und

---

1 Feindt, ZBR 1972, S. 264
2 Reinhart, ZBR 1972, S. 161

Schrifttum umstritten und zunächst verneint worden. Die Anfechtbarkeit der Beurteilung ist deshalb verneint worden, weil diese lediglich als Tatsache anzusehen sei, die auf persönlichkeitsbedingten Werturteilen über Leistung, Führung und Charakter eines Untergebenen beruhten[1] oder weil man davon ausging, die Beurteilung selbst greife noch nicht unmittelbar in die Rechtsstellung des Beamten ein, sondern sei nur eine die Versetzung vorbereitende Maßnahme, die selbst noch keinen Verwaltungsakt darstelle.[2]

Später hat dann das Bundesverwaltungsgericht die Klage gegen Beurteilungen zugelassen und ausgeführt, die Beurteilung sei zwar kein Verwaltungsakt, weil von ihr keine unmittelbare Rechtswirkung ausgehe, gleichwohl sei sie wegen ihres tatsächlichen Gewichts für spätere Entscheidungen über das dienstliche Fortkommen des Beamten geeignet, in dessen rechtlich geschützte Interessen einzugreifen. Deshalb folge jedenfalls aus Art. 19 Abs. 4 GG die Zulässigkeit gerichtlichen Rechtsschutzes.[3]

Aus dieser Formulierung hat man verschiedentlich gefolgert, das Bundesverwaltungsgericht sehe in der Beurteilung in Wahrheit doch einen Verwaltungsakt.[4]

Dem ist das Gericht jedoch entgegengetreten.[5] Es vertritt die Auffassung, die besonderen Merkmale des Verwaltungsaktes paßten nicht zum Wesen der dienstlichen Beurteilung des Beamten. Mit dieser treffe nämlich der Dienstvorgesetzte keine Regelung mit bestimmten unmittelbaren Rechtswirkungen. Die dienstliche Beurteilung beanspruche auch für sich keine Rechtsverbindlichkeit und es bestehe für sie auch nicht die Notwendigkeit baldigen Eintritts der Unanfechtbarkeit und damit einer Befristung

---

1 OVG Hamburg, Verw.Rspr. Bd. 7, Nr. 141; Fischbach, Bd. 2, S. 1304
2 OVG Niedersachsen u. Schleswig-Holstein, Verw.Rspr. Bd. 4, Nr. 17; vgl. hierzu: Herold, RiA 1959, S. 257
3 BverwG, ZBR 1965, S. 358; vgl. hierzu: König, BayVBl. 1971, S. 44
4 Wilhelm, Anm. zum Urteil des BverwG vom 13.5.1965, ZBR 1966, S. 22; Schick, ZBR 1967, S. 302
5 BverwGE 21, S. 127

der Anfechtungsmöglichkeit. Ihrem Wesen und Zweck entspreche es mehr, daß sie sich nicht alsbald verfestige, sondern daß sie noch nach längerer Zeit überprüft und berichtigt werden könne und deshalb der Beamte nicht zu einer befristeten Anfechtung genötigt sei. Die Bekanntmachung der Beurteilung stünde diesen Erwägungen ebenfalls nicht entgegen.[1]

Ule[2] bezieht die Beurteilung in das "Grundverhältnis" ein und bejaht demnach deren Verwaltungsaktsnatur.

Andere[3] stufen die Beurteilung deshalb in den Begriff des Verwaltungsaktes ein, weil ihr entscheidende Bedeutung für das dienstliche Fortkommen zukomme. Sie beinhalte daher geradezu eine eigenständige Regelung i.S. der Lehre vom Verwaltungsakt. Im übrigen folge die unmittelbare Rechtswirkung der Beurteilung auch daraus, daß sie unmittelbar den Rechtsanspruch des Beamten auf eine den beamtenrechtlichen Vorschriften entsprechende Leistungsbewertung berühre.[4]

Die Frage nach der Verwaltungsaktsnatur der Beurteilung kann nicht offen bleiben. Die Rechtsnatur der Beurteilung entscheidet über die Klageart, mit der der betroffene Beamte seine Rechte geltend macht. Ist die Beurteilung ein Verwaltungsakt, so kann gegen sie nach Durchführung des Vorverfahrens die Anfechtungsklage erhoben werden. Ist sie dagegen eine Verwaltungsäußerung ohne Verwaltungsaktscharakter, dann kommen als Rechtsbehelfe nur die allgemeine Leistungsklage oder die Feststellungsklage in Betracht.

Wenn das Bundesverwaltungsgericht ausführt, die Beurteilung sei von entscheidender Bedeutung insbesondere für

---

1 BverwGE 28, S. 191; BverwG, BayVBl. 1971, S. 62
2 Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 157, Fußnote 85
3 Wilhelm, Anm. zum Urteil des BverwG vom 13.5.1965, ZBR 1966, S. 22 (23); König, BayVBl. 1971, S. 44 (46); Bay VGH, Verw.Rspr. Bd. 11, S. 293
4 König, a.a.O., S. 46

die Beförderung des Beamten und es sei deshalb bereits gegen die Beurteilung als solche der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz gegeben,[1] dann wird damit letztlich der Regelungscharakter der Beurteilung bejaht. Die Ablehnung der Verwaltungsaktsnatur ist vermutlich im Ergebnis nur deshalb erfolgt, weil sonst der Rechtsschutz wegen Fristablaufs hätte abgelehnt werden müssen.

Die Einschränkung des Rechtsschutzes durch die Notwendigkeit der Klageerhebung innerhalb bestimmter Fristen erscheint jedoch gerade bei der Beurteilung gerechtfertigt. Betrachtet man die Beurteilung als Verwaltungsakt, dann folgt daraus, daß sie dem Betroffenen bekanntgemacht werden muß und es nicht genügt, daß die Behörde die Beurteilung zu den Akten nimmt. Vom Zeitpunkt der Bekanntgabe der Beurteilung beginnt die Rechtsmittelfrist zu laufen. Insoweit bestehen also keine Bedenken gegen die Einschränkung des Rechtsschutzes gegen Beurteilungen, die Jahre zurückliegen und erst nach längerer Zeit angefochten werden. Der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit verlangt, daß nach dem Ablauf einer gewissen Zeit (hierzu reichen die Fristen für Widerspruch und Anfechtungsklage in der VwGO), die Beurteilung unanfechtbar wird, weil davon ausgegangen werden kann, daß der sich benachteiligt fühlende Beamte in angemessener Zeit nach der Bekanntgabe der Beurteilung gegen diese angeht.

Geht man davon aus, daß die Anfechtungsklage gegen dienstliche Beurteilungen zulässig ist, dann stellt sich die Frage nach dem Umfang der Prüfungsbefugnis des Verwaltungsrichters.

Nach überwiegender Auffassung ist die fachliche und persönliche Beurteilung des Beamten nicht in vollem Umfang nachprüfbar. Die Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle wird damit begründet, daß es sich

---

1 BverwGE 21, S. 129

bei den Beurteilungen um persönlichkeitsbedingte Werturteile handele. Die Entscheidung darüber, ob ein Beamter die für eine bestimmte Laufbahn erforderliche Befähigung und fachliche Qualifikation besitzt, sei nicht im Wege einfacher Subsumtion eines Tatbestandes unter eine gesetzliche Vorschrift zu treffen. Nur der Dienstvorgesetzte könne ein Werturteil darüber abgeben, ob und inwieweit der Beamte den an ihn gestellten Anforderungen genüge. Dieses Werturteil sei daher - ähnlich wie eine Prüfungsentscheidung - ein dem Dienstvorgesetzten vorbehaltener Akt wertender Erkenntnis. Für derartige Werturteile wird der Behörde eine der gesetzlichen Regelung immanente Beurteilungsermächtigung mit der Folge zugestanden, daß die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung der Rechtswidrigkeit der Beurteilung sich darauf zu beschränken hat, ob die Verwaltung den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt hat oder ob sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat.[1]

Das Bundesverwaltungsgericht hat allerdings in neueren Entscheidungen diese Lehre vom Beurteilungsspielraum dahingehend modifiziert, daß die Eignung als solche ein voll überprüfbarer unbestimmter Rechtsbegriff sei, jedoch von Faktoren abhänge, die mit einer Beurteilungsermächtigung für die Behörde ausgestattet und als solche gerichtlich nicht voll überprüfbar seien.[2]

Es gibt zwar Fälle, in denen der Beurteilungsspielraum derart reduziert ist, daß nur eine bestimmte Entscheidung rechtsfehlerfrei ist, und die Behörde durch Urteil

---

1 BverwGE 5, S. 153 (162); 8, S. 192 (195); 11, S. 139 (140); 15, S. 39 (40); 21, S. 127 (130)
2 BverwGE 32, S. 237 (240)

verpflichtet werden kann, eine bestimmte Beurteilung auszusprechen,[1] es bleibt jedoch festzuhalten, daß Gerichtsentscheidungen Beurteilungen grundsätzlich nicht ersetzen, sondern nur überprüfen können, wobei der Kontrolle von der Sache her bestimmte Grenzen gesetzt sind.

Wenn auch Art. 19 Abs. 4 GG die Überprüfung aller Rechtsentscheidungen sicherstellt und der Anerkennung einer Beurteilungsermächtigung entgegenzustehen scheint, so sind bestimmte Sachentscheidungen in Grenzfällen nur durch eine Einschränkung der richterlichen Kontrolle möglich, die sich zugunsten der Anerkennung eines Letztentscheidungsrechtes des Fachgremiums nach dem Maßstab der Vertretbarkeit auswirkt.[2] Dabei ist die richterliche Kontrolle nur in den von der Rechtsprechung eng gezogenen Grenzen beschränkt, jedoch nicht aufgehoben; denn es ist letztlich der Richter, der darüber zu entscheiden hat, wann ein unbestimmter Rechtsbegriff der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum beläßt und wann dies nicht der Fall ist.[3]

Der Rechtsschutz des Beamten gegen die dienstliche Beurteilung ist demnach durch die Einräumung des Beurteilungsspielraums eingeschränkt. Das Instrument des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes kann die Stellung des Beamten bei der Beurteilung nur teilweise verbessern. Die Position des beurteilten Beamten läßt sich neben einem sachgerechten Rechtsschutz auch dadurch stärken, daß auftretende Konflikte im Beurteilungsverfahren selbst und nicht durch die Inanspruchnahme der Verwaltungsgerichte ausgetragen werden. Ein brauchbares Mittel zur Lösung dieser Konflikte ist dabei das durch die Neufassung der Bundeslaufbahnverordnung eingeführte Beurteilungsgespräch, das im Grunde nur eine Ausgestaltung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs darstellt.[4]

---

1 vgl. VG Frankfurt, DVBl. 1972, S. 427, zur Frage der Anfechtbarkeit von Prüfungsentscheidungen
2 Ossenbühl, DÖV 1972, S. 404
3 Ossenbühl, a.a.O., S. 405
4 OVG Münster, RiA 1973, S. 16 (zum Anhörungsrecht des Beamten bei dienstlichen Beurteilungen)

IV. Beförderung und dienstliche Beurteilung im französischen Recht

1. Beförderung ("avancement")

Art. 26 des Beamtenstatuts von 1959 unterscheidet grundsätzlich zwischen zwei Arten von Beförderungen, dem Aufsteigen im Gehalt ("l'avancement d'échelon") und der eigentlichen Beförderung ("l'avancement de grade").

Das Aufsteigen in eine höhere Gehaltsstufe hat eine Besoldungserhöhung zur Folge, die nach Dienstalter und fachlicher Leistung des Beamten vorgenommen wird.

Nach der Änderung des Art. 28 des Statuts von 1959 erfolgt die eigentliche Beförderung auf Vorschlag des Dienstvorgesetzten oder im Anschluß an Prüfungen.[1] Die Beförderung auf Vorschlag des Dienstvorgesetzten beruht auf einer Auswahl, wobei eine Beförderungstabelle ("tableau d'avancement") zugrunde gelegt wird, die nach Anhörung der "commissions administratives paritaires" erstellt wird und in die einmal jährlich die für eine Beförderung vorgesehenen Beamten nach dem Grad ihrer Befähigung eingetragen werden.

Für die Zeit vor dem Inkrafttreten des Statuts von 1946 hat der Conseil d'Etat die rechtliche Situation des Beamten bei der Beförderung im einzelnen festgelegt.[2] Danach stand fest, daß der Beamte kein Recht auf Beförderung hatte und der Dienstvorgesetzte darüber zu befinden hatte, ob Befähigung und dienstliche Leistung eine Beförderung rechtfertigten. Im übrigen gewähren auch nach Inkrafttreten der Beamtenstatute von 1946 und 1959 weder ein bestimmtes Dienstalter noch die Aufnahme in die Beförderungstabelle ein Recht auf Beförderung.[3]

---

1 Gesetz vom 7. Juli 1965; vgl. hierzu: Waline, précis II, S. 93
2 C.E. 20-7-1935, Mennesson, Rec. 845
3 Silvera, fonction publique, S. 315; Auby-Ducos-Ader, précis, S. 109

Der vor einer Beförderung stehende Beamte kann darüber hinaus eine Verzögerung des Beförderungsverfahrens nicht rügen, da der Dienstherr nicht verpflichtet ist, freie Stellen sofort neu zu besetzen.[1]

Wie bei der Ernennung wird auch bei der Beförderung die nur schwach ausgeprägte gerichtliche Kontrolle mit der untergeordneten Stellung des Beamten gerechtfertigt. Die Erfordernisse des Dienstes und das öffentliche Interesse werden höher eingestuft als das Interesse des einzelnen Beamten an seiner Beförderung.

Die Bewertung der dienstlichen Leistung und der Eignung des Beamten sind verwaltungsgerichtlich nicht nachprüfbar.[2]

Andererseits wird jedoch die Ermessensbefugnis des Dienstvorgesetzten durch das Aufstellen der Beförderungstabellen eingeschränkt.[3] Beförderungen müssen grundsätzlich nach der in der Tabelle festgelegten Reihenfolge vorgenommen werden.[4] Die Entscheidung, mit der die Rangfolge auf der Beförderungstabelle bestimmt wird, ist ein "acte faisant grief" und damit mit der Anfechtungsklage angreifbar.[5]

Für den Rechtsschutz des durch die Beförderung eines Konkurrenten betroffenen Beamten ist von Bedeutung, daß nach der Rechtsprechung des Conseil d'Etat die aufgrund einer fehlerhaften Beförderungstabelle erfolgten Beförderungen mit rückwirkender Kraft aufgehoben werden müssen.[6]

---

1 C.E. 20-7-1949, Verdier, Rec. 365 (366)
2 C.E. 23-4-1965, Raynal, A.J.D.A. 1965, S. 620: "l'appréciation des mérites d'un fonctionnaire n'est pas susceptible d'être discutée au contentieux"
3 Ayoub, A.J.D.A. 1969, S. 675
4 Silvera, fonction publique, S. 315; Auby-Ducos-Ader, précis, S. 111
5 Liet-Veaux, note zu C.E. 4-2-1955, Massoni, Rev.adm. 1955, S. 170; C.E. 27-11-1908, Alcindor, Rec. 975
6 C.E. 14-6-1967, Poujol, A.J.D.A. 1968, S. 173

Alle Ernennungen und Beförderungen, die im Verlauf des Jahres, für das die Tabelle gilt, vorgenommen worden sind, müssen insoweit rückgängig gemacht werden, als sie direkt oder indirekt durch die fehlerhafte Tabelle verursacht worden sind.[1] Im Fall Poujol[2] war die Beförderungstabelle deshalb aufgehoben worden, weil sie zwei Namen enthielt, obwohl sie rechtmäßig nur einen Namen hätte enthalten dürfen. Der Dienstvorgesetzte hatte nach der Aufhebung der Tabelle eine neue aufgestellt, in die er nur noch einen Namen eintrug, ohne jedoch die aufgrund der ersten fehlerhaften Tabelle vorgenommene Beförderung des zweiten Beamten aufzuheben. Der Conseil d'Etat hat dies im Urteil nachgeholt und klargestellt, daß die Verwaltung aus der Aufhebung einer Beförderungstabelle rechtzeitig die Konsequenzen ziehen sollte, um nicht nach dem Ablauf eines längeren Zeitraums vor unlösbaren Schwierigkeiten bei der Wiederherstellung rechtmäßiger Verhältnisse zu stehen.[3]

In Frankreich wird demnach im Gegensatz zum deutschen Recht die Bestandskraft von Beförderungen nicht bejaht, sondern der Dienstvorgesetzte durch die Möglichkeit der Aufhebung seiner Beförderungsentscheidung schon vor deren Erlaß zu einer sorgfältigen Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen veranlaßt. Damit wird gleichzeitig der Rechtsschutz des Beamten entscheidend verbessert.

Die Beförderungstabelle kann zudem auch vor den "commissions administratives paritaires" angefochten werden, wenn sich der Dienstvorgesetzte entgegen dem Vorschlag dieser Ausschüsse auf die Dauer von zwei Jahren weigert, den vorgeschlagenen Beamten in die Beförderungstabelle aufzunehmen.[4] Die Verwaltungsausschüsse sind insoweit Beförderungskommissionen ("commissions d'avancement"),

---

1 Silvera, Anm. zu C.E. 14-6-1967, Poujol, A.J.D.A. 1968, S. 174
2 C.E. 14-6-1967, a.a.O., S. 173
3 Silvera, a.a.O., S. 174
4 Art. 17, Dekret no 59-308 vom 14.2.1959

die das Recht haben, innerhalb einer Frist von 14 Tagen den "Conseil supérieur de la fonction publique" anzurufen, der dann gegenüber dem Dienstvorgesetzten eine Empfehlung aussprechen kann. Wird dieser Empfehlung nicht entsprochen, dann wird die Angelegenheit dem zuständigen Minister vorgelegt.[1]

Mit diesem besonderen Rechtsbehelf wird der Beamte zusätzlich vor willkürlicher Benachteiligung bei der Beförderung geschützt.

Im Rahmen des Beförderungsverfahrens ist die jährlich vom Dienstvorgesetzten vorzunehmende Beurteilung von besonderer Bedeutung. Die im Zusammenhang mit dieser Beurteilung stehenden Rechtsschutzprobleme werden daher im folgenden dargestellt.

2. Beurteilung ("notation")

Für die Beurteilung des Beamten durch den Dienstvorgesetzten sind die Art. 24 und 25 des Beamtenstatuts von 1959 maßgebend. Danach besteht die Beurteilung aus zwei Elementen, einer ziffernmäßigen Note ("note chiffrée") von 0 bis 20 Punkten und einer allgemeinen Bewertung ("appréciation générale").

Zur Vermeidung von ungerechtfertigten Unterschieden bei der Beurteilung durch verschiedene Notengeber kann eine Anpassung ("peréquation") der Noten vorgenommen werden.[2]

Das Beamtenstatut von 1959 hat die Gewichte der beiden Bestandteile der Beurteilung zugunsten der allgemeinen Bewertung verlagert, während die ziffernmäßige Note früher die größere Bedeutung hatte.[3]

---

1 Silvera, fonction publique, S. 317
2 Thierry, D.1954, chron. S. 82; Fouquet, Rev.adm. 1949, S. 479
3 Plantey II, S. 444

Die Beamten sind bei dem Benotungsverfahren durch bestimmte Garantien geschützt, deren Einhaltung von den Verwaltungsausschüssen überwacht wird.[1]

Nach der Anpassung der Noten wird für jeden Beamten eine "besondere Karte der Benotung" ("fiche individuelle de notation") ausgestellt, die dem Verwaltungsausschuß bekanntgegeben wird. Dieser Ausschuß kann auf Verlangen des Beamten die Vorlage der allgemeinen Beurteilung vom Dienstvorgesetzten fordern. Der Beamte kann darüber hinaus von der Kommission verlangen, für ihn die Berichtigung der Benotung zu veranlassen.[2]

Der Conseil d'Etat überprüft die Einhaltung der für die Beurteilung geltenden Verfahrensvorschriften. In der Entscheidung Angot[3] hat das Gericht auf die Pflicht des Dienstvorgesetzten zur Unterrichtung der "commission administrative paritaire" hingewiesen und die Einstellung von Abteilungsdirektoren ("administrateurs civils") deshalb aufgehoben, weil diese auf Vorschlag einer von der Notengebung nicht unterrichteten Kommission aufgenommen worden waren.

Im Fall Puisoye[4] hat der Conseil d'Etat die Bekanntgabe der ziffernmäßigen Note für unbedingt erforderlich angesehen. Nach der Auffassung des Gerichts muß dem Beamten die Note bekanntgegeben werden, wird dies versäumt, dann ist die Benotung rechtswidrig und die darauf beruhende Beförderungstabelle unterliegt der Anfechtung.[5]

Es fragt sich jedoch, ob der Beamte neben diesem besonderen Rechtsbehelf der Einschaltung der "commission

---

1 Thierry, D.1954, chron. S. 83
2 Fouquet, Rev.adm. 1949, S. 480; Ayoub, A.J.D.A. 1969, S. 676; Rigaud, Anm. zu C.E. 20-10-1967, Palisse, Rec. 383 (386)
3 C.E. 10-2-1961, A.J.D.A. 1961, S. 441
4 C.E. 12-10-1966, A.J.D.A. 1967, S. 178
5 C.E. 5-11-1920, Crabé, Rec. 930; C.E. 20-10-1937, Morel, Rec. 883

administrative paritaire" die Beurteilung auch mit dem "recours pour excês de pouvoir" anfechten kann.

Der Conseil d'Etat hat ursprünglich die Benotung des Beamten als eine Verwaltungshandlung betrachtet, die nicht der verwaltungsgerichtlichen Anfechtung unterliegt. Zunächst galten die Noten als innerdienstliche Maßnahme ("mesure d'ordre intérieur"),[1] später entschied der Conseil d'Etat, daß es sich bei der Notengebung um eine den Verwaltungsakt der Beförderung nur vorbereitende Maßnahme handele ("acte préparatoire").[2]

Die rechtliche Einordnung der Notengebung in die Kategorie der innerdienstlichen Maßnahmen oder in die der vorbereitenden Akte hatte zur Folge, daß eine gegen die Notengebung gerichtete Anfechtungsklage als unzulässig abgewiesen wurde. Innerdienstliche Maßnahmen und Vorbereitungsakte sind nämlich nicht geeignet, Rechtswirkungen gegenüber dem Beamten zu entfalten, es handelt sich insofern um "actes ne faisant grief".[3]

Der Conseil d'Etat hat andererseits dem Beamten jedoch zugestanden, gegen eine fehlerhafte Beurteilung dann zu klagen, wenn mit der Klage ein aus der rechtswidrigen Beurteilung resultierender Schadensersatzanspruch geltend gemacht wird.[4] Die Anfechtungsklage ist nur dann als zulässig angesehen worden, wenn die nicht ordnungsgemäß vorgenommene Beurteilung im Zusammenhang mit einer laufbahnrechtlichen Entscheidung stand.[5] Dabei ist es nicht erforderlich, daß die fehlerhaften Noten die angegriffene Entscheidung tatsächlich beeinflußt haben, es genügt vielmehr, wenn die Noten in einer als Entscheidungsgrundlage herangezogenen Akte enthalten waren oder

---

1 C.E. 5-11-1920, Crabé, Rec. 930; C.E. 20-10-1937, Morel, Rec. 883; C.E. 1-12-1950, De Meyer, Rec. 594
2 C.E. 6-5-1953, Thomasset, Rec. 206; C.E. 6-5-1960, Biage, Rec. 297
3 Liet-Veaux, note zu C.E. 4-2-1955, Massoni, Rev.adm. 1955, S. 170
4 C.E. 1-2-1950, De Meyer, Rec. 594
5 C.E. 20-3-1953, Martin, Rec. 140; C.E. 28-11-1951, Braun, Rec. 559; C.E. 6-5-1953, Thomasset, Rec. 206

die fehlerhafte Notengebung geeignet war, im Zeitpunkt des Erlasses der laufbahnrechtlichen Maßnahme die dienstliche Beurteilung des Beamten zu beeinflussen.[1]

Die Einordnung der Notengebung in den Bereich der innerdienstlichen Maßnahmen ist in der Lehre zum Teil kritisch gewürdigt worden. Dabei ist insbesondere auf die Tatsache hingewiesen worden, daß der Charakter der Notengebung sich mit der Verabschiedung des Beamtenstatuts von 1946 verändert habe. Mit der Regelung des Art. 54 dieses Statuts, wonach die Notengebung die Voraussetzung für die Aufstellung der Beförderungstabelle ist, sei es nicht mehr zu vereinbaren, die Klage gegen die Notengebung als unzulässig abzuweisen.[2]

Der Conseil d'Etat folgte dieser Kritik im Fall Camara[3] und wich damit von seiner bisherigen Rechtsprechung ab. Er sah nunmehr die unmittelbar gegen die Notengebung gerichtete Klage als zulässig an. Camara begehrte die Aufhebung zweier ministerieller Entscheidungen aus dem Jahre 1958, mit denen eine bestimmte Anzahl von Beamten in eine Beförderungstabelle aufgenommen und später dann auch befördert worden war. Der Kläger stützte sich auf die Fehlerhaftigkeit der ihm in den Jahren 1951 und 1952 erteilten Noten, die seine Beförderung verhindert hatten. Der Conseil d'Etat fand tatsächlich heraus, daß bei der Notengebung nicht das Verhalten und die fachliche Qualifikation des Klägers ausschlaggebend gewesen waren, sondern die Verwaltung bei der Erteilung der Noten die Tatsache berücksichtigt hatte, daß Camara zwei Wahlmandate innehatte.

Das Gericht bejahte die Zulässigkeit des "recours pour excês de pouvoir", weil es nunmehr ebenfalls davon aus-

---

1 Vincent, S. 114
2 Waline, note zu C.E. 6-5-1960, Biage, R.D.P. 1961, S. 313
3 C.E. 23-11-1962, J.C.P. 1963 II.13111, note Gandolfi

ging, daß die Noten für sich allein bereits eine "décision faisant grief" darstellten und den Kläger in seinen Rechten beeinträchtigten. Da die Verwaltung den Nachweis über die Bekanntgabe der Noten nicht mehr führen konnte, ging der Conseil d'Etat davon aus, daß die zweimonatige Klagefrist der Anfechtungsklage nicht in Lauf gesetzt war.

Die Entscheidung Camara hat zwei wesentliche Aspekte. Einmal geht es um die Abkehr von der Einordnung der Noten in die Kategorie der "mesures d'ordre intérieur" oder der "actes préparatoires". Der Conseil d'Etat hat mit der Anerkennung der Note als "acte faisant grief" der durch Art. 54 des Beamtenstatuts von 1946 zum Ausdruck gebrachten Rechtslage Rechnung getragen. Danach ist die Notengebung die Grundlage der Beförderung und sehr viel mehr als vor Inkrafttreten des Statuts von 1946 geeignet, in die Rechtsstellung des Beamten einzugreifen. Eine schlechte Note bewirkt eine zeitliche Verzögerung der Beförderung, während eine gute Note diese beschleunigt. Die Note gehört zu den Elementen, denen eine entscheidende Bedeutung bei der Aufstellung der Beförderungstabelle zukommt. Abgesehen von der Möglichkeit eines materiellen Schadens und dem unmittelbaren Einfluß der Note auf das berufliche Fortkommen des Beamten, kann die Note auch immaterielle Nachteile zur Folge haben, die darin liegen, daß die Achtung und das Selbstwertgefühl des Beamten Einbußen erleiden.

Der zweite Aspekt der Entscheidung Camara ist deren praktische Bedeutung. Die unmittelbar gegen die Benotung gerichtete Klage wird zwar nunmehr vom Conseil d'Etat für zulässig erachtet, diese Klage muß jedoch innerhalb der zweimonatigen Klagefrist des "recours pour excès de pouvoir", und zwar zwei Monate nach der Bekanntgabe der

---

1 Gandolfi, note zu C.E. 23-11-1962, Camara, J.C.P. 1963.II, 13111; Auby-Drago, contentieux II, S. 472

Noten, erhoben werden. Dem Beamten ist es deshalb verwehrt, gegen eine seine Laufbahn betreffende Entscheidung noch nach mehreren Jahren mit der Begründung zu klagen, die laufbahnrechtliche Maßnahme habe im Zusammenhang mit einer fehlerhaften Notengebung gestanden. Damit wird die nach der bisherigen Rechtsprechung bestehende Unsicherheit über die Gültigkeit der Notengebung beseitigt und verhindert, daß noch nach sehr langer Zeit beispielsweise eine Beförderungstabelle aufgehoben wird.

Der Conseil d'Etat hat die Grundsätze der Entscheidung Camara in zwei Entscheidungen bestätigt,[1] und in einem weiteren Urteil in der jüngsten Zeit[2] demgegenüber auf Soldaten für nicht anwendbar erklärt, weil im Bereich des Militärs eine den Bestimmungen der Art. 24 und 25 des Beamtengesetzes von 1959 vergleichbare Regelung fehlt.

Wird die unmittelbare Rechtswirkung ("acte faisant grief") der Notengebung bejaht, die Zulässigkeit der Anfechtungsklage mithin angenommen, dann ist damit noch nichts darüber ausgesagt, inwieweit der Verwaltungsrichter die Beurteilung durch den Dienstvorgesetzten materiell überprüfen kann.

In dieser Hinsicht hat sich an der traditionellen Rechtsprechung des Conseil d'Etat[3] durch die Entscheidung Camara nichts geändert. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle beschränkt sich auch weiterhin auf die Prüfung der Form- und Verfahrensfehler, der sachlichen Richtigkeit der Tatsachen und der Verfolgung eines sachlich falschen Zwecks. Der Conseil d'Etat setzt sich nicht an

---

1 C.E. 5-6-1970, Puisoye, Rec. 386; C.E. 5-5-1972, Simi, Rec. 347
2 C.E. 7-12-1973, Guillemin, Rec. 701
3 C.E. 21-4-1950, Dlle Rambaud, Rec. 786; C.E. 28-11-1951, Braun, Muller et Venthrou, Rec. 559

die Stelle des Dienstvorgesetzten, um die dienstliche Eignung zum zweiten Mal zu bewerten. Der Verwaltungsrichter besitzt nicht die erforderlichen fachlichen Voraussetzungen für eine umfassende Nachprüfung der Leistungen des Beamten.[1]

Die Berechtigung des Beurteilungsspielraums des Dienstvorgesetzten wird in der Lehre allgemein anerkannt.[2] Die vollständige Überprüfung der Beurteilung durch die Verwaltungsgerichte wird als paradox angesehen, weil sie dem Zweck der dienstlichen Beurteilung widerspreche.[3]

Auch nach der Entscheidung Camara hat der Conseil d'Etat an der Zulässigkeit der Anfechtungsklage, die sich direkt gegen die Notengebung richtet, festgehalten.

Der Rechtsschutz des französischen Beamten bei der Beurteilung durch den Dienstvorgesetzten ist zwar im Hinblick auf die Zulässigkeit der Anfechtungsklage weiter ausgedehnt als früher, der Beurteilungsspielraum der Verwaltung wird jedoch aufrechterhalten.

Die Einschränkung der Lehre von den "mesures d'ordre intérieur" durch die Entscheidung Camara zeigt jedoch, daß die dogmatische Begründung dieser Lehre zumindest in Teilbereichen einer kritischen Analyse nicht standhält. Es läßt sich deshalb schon jetzt festhalten, daß bei bestimmten Maßnahmen im Beamtenverhältnis die Anfechtbarkeit nicht mehr bereits im Rahmen der Zulässigkeitsvoraussetzungen des "recours pour excès de pouvoir" verneint werden kann. Die Beurteilung des Beamten ist dabei nur das erste Beispiel, bei anderen Maßnahmen wird im einzelnen noch zu untersuchen sein, ob diese

---

1 Thierry, D.1954, chron. S. 85; Vincent, S. 115
2 Silvera, fonction publique, S. 298; Gandolfi, note zu C.E.23-11-19 Camara, J.C.P. 1963, II. 13111; Thierry, a.a.O., S. 85
3 Thierry, a.a.O., S. 85

auch weiterhin als nicht anfechtbare innerdienstliche Akte anzusehen sind oder nicht ebenfalls unmittelbare Rechtswirkungen entfalten.

Rechtsvergleichendes Ergebnis

Im deutschen Recht wird von der h.M.[1] der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz des Beamten gegen eine rechtswidrige Beförderung mit der Begründung eingeschränkt, die "Stabilität der Staatsorganisation" mache die Bestandskraft rechtswidriger Beförderungen erforderlich.

Die in der vorliegenden Untersuchung vertretene gegenteilige Auffassung geht davon aus, daß die rechtswidrige Beförderung deshalb der Anfechtung unterliegt, weil die Gewährung von Rechtsschutz insoweit präventiv die Ämterpatronage verhindern hilft und damit der Rechtssicherheit mehr dient als ein Festhalten an fehlerhaften Beförderungen. Die Bestandskraft rechtswidriger Beförderungen gehört auch nicht zu den durch Art. 33 Abs. 5 GG geschützten Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums.[2]

Nach der Rechtsprechung des Conseil d'Etat können rechtswidrig zustandegekommene Beförderungen auf die Klage des benachteiligten Beamten aufgehoben werden. Die Bedenken, die von der h.M. im deutschen Verwaltungsrecht hiergegen vorgebracht werden, finden in der französischen Rechtsauffassung keine Entsprechung, hier wird der Wiederherstellung rechtmäßiger Verhältnisse gegenüber dem Festhalten an "bestandskräftigen" Beförderungen der Vorrang eingeräumt und damit ein effektiver Rechtsschutz des Beamten erst ermöglicht.

Die rechtsvergleichende Darstellung zeigt daher, daß bestimmte festgefahrene Vorstellungen unter Einbeziehung der in einer anderen Rechtsordnung gefundenen Lösung an

---

1 s. oben, S. 91
2 s. oben, S. 86
3 C.E. 14-6-1967, A.J.D.A. 1968, S. 173

Überzeugungskraft verlieren. Wird nach der eingehenden Analyse im deutschen Recht die herausgearbeitete Auffassung im Lichte französischer Rechtsvorstellungen betrachtet, dann läßt sich der Rechtsschutz gegen fehlerhafte Beförderungen nicht mehr verneinen.

Im übrigen bietet die Einrichtung der Beförderungstabellen im französischen Recht mit den hierfür geltenden Verfahrensregeln einen weiteren Ansatzpunkt für eine angemessene Rechtsschutzausdehnung bei der Beförderung.

Die rechtsvergleichende Untersuchung des Rechtsschutzes des Beamten gegen dienstliche Beurteilungen führt ebenfalls zu bemerkenswerten Ergebnissen.

Völlig unabhängig voneinander ist in beiden Rechtsordnungen die Anfechtbarkeit der dienstlichen Beurteilung zunächst verneint worden. Im französischen Recht mit der Begründung, es handele sich hierbei um eine "mesure d'ordre intérieur", die den Beamten nicht beschwere, im deutschen Recht ging man davon aus, die Beurteilung sei kein Verwaltungsakt, weil sie nicht unmittelbar in die Rechtsstellung des Beamten eingreife, also keine Regelung beinhalte.

Der Conseil d'Etat hat seine Rechtsprechung im Fall Camara[1] aufgegeben und die Beurteilung als einen "acte faisant grief" angesehen, gegen den die Anfechtungsklage gegeben ist.

Das Bundesverwaltungsgericht[2] verneint zwar nach wie vor die Verwaltungsaktsnatur der Beurteilung, gewährt jedoch mit der Begründung Rechtsschutz, die Beurteilung sei wegen ihres tatsächlichen Gewichts für spätere Entscheidungen über das dienstliche Fortkommen des Beamten ge-

---

1 C.E. 23-11-1962, J.C.P. 1963 II. 13111, note Gandolfi
2 BverwGE 21, S. 129; 28, S. 191

eignet, in dessen Rechte einzugreifen. Die Zulässigkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes wird aus Art. 19 Abs. 4 GG hergeleitet.

Eine Gegenüberstellung der gefundenen Lösungen zeigt gerade bei der dienstlichen Beurteilung des Beamten, daß unter Zuhilfenahme des in einer anderen Rechtsordnung gefundenen Ergebnisses, die in der eigenen Rechtsordnung entwickelte Lösung kritisch betrachtet werden sollte. Damit dürfte insbesondere der Schritt zur Anerkennung der Verwaltungsaktsnatur der Beurteilung im deutschen Recht gerechtfertigt sein.

Bereits in dieser Phase der vorliegenden Untersuchung scheint sich ein Ansatzpunkt dafür zu ergeben, daß der Begriff des Verwaltungsaktes als Zweckbegriff nach Opportunitätsgesichtspunkten beurteilt werden muß. Die Frage, wie weit danach der Begriff des Verwaltungsaktes zu fassen ist, kann hier noch offen bleiben; jedenfalls sollte der Verwaltungsaktsbegriff im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG weiter gefaßt werden, als dies bisher der Fall war. Solange der Verwaltungsakt eine wesentliche Zulässigkeitsvoraussetzung im Anfechtungsverfahren darstellt, kann auf die Zuordnung bestimmter Lebenssachverhalte zu diesem Begriff nicht verzichtet werden.

V. Entlassung im deutschen Recht

Nach den Beamtengesetzen des Bundes und der Länder wird das Beamtenverhältnis außer durch den Tod des Beamten durch den Eintritt in den Ruhestand, die Entfernung aus dem Dienst aufgrund disziplinargerichtlichen Urteils, den Verlust der Beamtenrechte als Folge bestimmter strafgerichtlicher Verurteilungen oder durch die Entlassung beendet.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung soll lediglich der Beendigungsgrund der Entlassung erörtert werden. Sie wirft wegen ihres einschneidenden Eingriffs in die berufliche, gesellschaftliche und finanzielle Stellung des Beamten besondere Rechtsschutzprobleme auf.

Für alle Beamten gelten bei der Entlassung die allgemeinen Vorschriften der §§ 28 und 29 BBG oder die nahezu gleichlautenden Bestimmungen der Ländergesetze, wonach die Entlassung unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen wie der Weigerung, den Diensteid zu leisten[1] oder dem Verlust der Eigenschaft als Deutscher erfolgt. Dabei besteht zwischen den einzelnen Entlassungstatbeständen insoweit ein Unterschied, als beim Vorliegen der Entlassungsgründe des § 28 BBG[2] der Beamte durch Verfügung zu entlassen ist, während die Beendigung des Beamtenverhältnisses im Fall des § 29 BBG[3] kraft Gesetzes eintritt.

Gegen eine Entlassungsverfügung nach § 28 BBG kann der Beamte Anfechtungsklage erheben. Diese ist jedoch nur in ganz seltenen Ausnahmefällen begründet; so beispielsweise, wenn die Entlassungsverfügung durch eine unzuständige Stelle oder nicht in der vorgeschriebenen Form

---

1 § 28 Ziff. 1 BBG; § 23 Abs. 1 Nr. 1 BRRG
2 Eidverweigerung und Mitgliedschaft zum Bundestag
3 Verlust der Staatsangehörigkeit, dauernder Auslandsaufenthalt

erlassen wird.[1]

In den Fällen der Beendigung des Beamtenverhältnisses kraft Gesetzes unterliegt die Frage, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Entlassung gegeben sind, uneingeschränkt der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung.[2]

Im übrigen ist bei der Entlassung zunächst zu unterscheiden, ob es sich um einen Beamten auf Probe oder Widerruf handelt.

1. Entlassung des Beamten auf Probe (§ 31 BBG)

Der Beamte auf Probe kann außer den in den §§ 28 und 29 BBG enthaltenen Gründen bei einem Verhalten entlassen werden, das bei einem Beamten auf Lebenszeit eine im förmlichen Disziplinarverfahren zu verhängende Strafe zur Folge hätte.[3]

Gegen den Probebeamten wird kein förmliches Disziplinarverfahren eingeleitet,[4] die Frage des Vorliegens des eine förmliche Disziplinarstrafe rechtfertigenden Verhaltens unterliegt deshalb der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.[5]

Bei der Prüfung, ob die vom Beamten auf Probe im Klagewege angefochtene Entlassung wegen eines Dienstvergehens gerechtfertigt ist, hat das Verwaltungsgericht wie ein Disziplinargericht vorzugehen.[6] Die Nachprüfung erstreckt sich daher nicht nur darauf, ob die Entlassung ermessensfehlerhaft war, sondern die Verwaltungsgerichte haben abweichend von den sonst allgemein geltenden Grundsätzen ihr eigenes richterliches Ermessen an die Stelle des Ermessens der Verwaltung zu setzen.[7] Dabei sind dienst-

---

1 OVG Rheinland-Pfalz, ZBR 1954, S. 319
2 Fischbach, Bd. 1, Anm. XI, Vorbem., §§ 28 - 51 BBG
3 z.B.: Gehaltskürzung, Versagung des Aufsteigens im Gehalt, Entfernung aus dem Dienst (vgl.: § 11 BDiszO)
4 § 107 BDiszO
5 OVG Münster, ZBR 1959, S. 102; Plog-Wiedow, Rd Nr. 6, § 31 BBG
6 OVG Rheinland-Pfalz, ZBR 1965, S. 17; OVG Lüneburg, ZBR 1968, S. 112
7 Grabendorff, S. 29; OVG Münster, ZBR 1959, S. 102

strafrechtliche Grundsätze heranzuziehen und das gesamte dienstliche und außerdienstliche Verhalten des Beamten zu berücksichtigen.[1]

Die Entlassung des Probebeamten nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 BBG ist also nur beim Vorliegen eines Dienstvergehens rechtmäßig, das bei einem Beamten auf Lebenszeit eine förmliche Disziplinarstrafe zur Folge gehabt hätte. Ein solches Dienstvergehen wird von der Rechtsprechung z. B. in verleumderischen Äußerungen gesehen wie die Bezeichnung des Kultusministeriums als "Verbrecherbande" durch einen Lehrer oder die Äußerung, der Kultusminister wolle sich lediglich "seine Pensionsfähigkeit ersitzen".[2]

Das OVG Rheinland-Pfalz[3] hat das eheähnliche Zusammenleben eines verheirateten Lehrers mit einer anderen Frau in der Lehrerdienstwohnung ebenfalls als Dienstvergehen gewertet, das die Entlassung des Probebeamten rechtfertige.

Der Beamte auf Probe kann darüber hinaus auch bei mangelnder Bewährung entlassen werden (§§ 31 Abs. 1 Nr. 2, 23 BBG). Der Begriff der Bewährung umfaßt die Eignung des Beamten, seine Befähigung und fachliche Leistung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts[4] gehört diese Begriffsgruppe zwar zu den unbestimmten Rechtsbegriffen, dem Dienstherrn wird jedoch ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Anwendung dieser Begriffe mit der Begründung eingeräumt, die Feststellung der Bewährung sei von den spezifischen Anforderungen der von dem betroffenen Beamten zu erfüllenden Aufgaben abhängig. Diese Anforderungen zu bestimmen, müsse dem Dienstherrn vorbehalten bleiben, der allein sachverständig und zuverlässig beurteilen könne, ob der einzelne Beamte ihnen entspreche.[5]

---

1 OVG Münster, ZBR 1959, S. 102
2 OVG Lüneburg, ZBR 1968, S. 112
3 ZBR 1965, S. 17
4 BverwGE 11, S. 139; BverwG, DÖV 1961, S. 547; ZBR 1965, S. 150
5 BverwGE 11, S. 139 (140)

Bei der Beurteilung der Bewährung wird - ähnlich wie im Fall von Prüfungsentscheidungen - der Behörde ein Beurteilungsspielraum mit der Folge zugestanden, das Verwaltungsgericht lediglich überprüfen zu lassen, ob die Behörde den Begriff der "mangelnden Bewährung" und den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich frei betätigen kann, verkannt hat, ob sie nämlich von einem unrichtigen Tatbestand ausgegangen ist, allgemeingültige Wertmaßstäbe verletzt oder sachfremde Erwägungen angestellt hat.[1]

Die Eignung des Beamten bezieht sich grundsätzlich auf die körperliche und geistige Qualifikation sowie auf die charakterliche Veranlagung.

Nach der Rechtsprechung kann ein Beamter wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung entlassen werden, auch ohne daß er dauernd dienstunfähig ist. Es genügt, wenn während der Probezeit Umstände gesundheitlicher Art festgestellt werden, die geeignet sind, den Beamten auf Probe für die Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit untauglich erscheinen zu lassen. Hierzu gehören z. B. Labilität gegenüber Umwelteinflüssen,[2] depressive Angstzustände,[3] Magenleiden,[4] Nervosität und anomale seelische Verfassung.[5] Dabei entscheidet jeweils die konkrete Aufgabenstellung darüber, bei welchem Grad an gesundheitlicher Beeinträchtigung der Beamte als ungeeignet anzusehen ist. Ein übertrieben nervöser Beamte ist für den Signaldienst auf besonders verkehrsreichen Strecken der Bundesbahn nicht geeignet,[6] kann dagegen anderen Aufgaben durchaus gewachsen sein.

---

1 BverwGE 5, S. 153 (162); 8, S. 192 (195); 15, S. 39; ZBR 1963, S. 213; ZBR 1965, S. 150
2 BverwG, ZBR 1963, S. 215
3 BverwG, ZBR 1973, S. 81
4 VGH Baden-Württemberg, ZBR 1971, S. 96
5 BverwGE 11, S. 139 (142); Hess VGH, ZBR 1960, S. 324
6 BverwGE 11, S. 139 (142)

Charaktermängel rechtfertigen ebenso wie gesundheitliche Mängel die Entlassung des Probebeamten. So kann z. B. eine erhebliche, zu dem Einkommen des Beamten im Mißverhältnis stehende Verschuldung, die auf unangemessener Lebensführung beruht, die Entlassung des Beamten zur Folge haben. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Polizeibeamter seine Stellung zur Darlehnsaufnahme bei Dritten mißbraucht.[1]

Andererseits sind selbst größere Schulden, soweit sie in einem angemessenen Verhältnis zum Einkommen stehen, kein Entlassungsgrund, es sei denn, es handele sich um Beamte im Kassendienst.[2]

Eine Entlassung des Probebeamten ist auch wegen fehlender fachlicher Qualifikation möglich. Stellt sich z. B. aufgrund einer nicht bestandenen Zwischenprüfung heraus, daß der Beamte fachlich nicht geeignet ist, dann liegt ein Entlassungsgrund vor.[3]

Stellt der Dienstvorgesetzte im Rahmen des ihm eingeräumten Beurteilungsspielraums die persönliche oder fachliche Ungeeignetheit des Probebeamten fest, dann ist der Rechtsschutz gegen die hierauf gestützte Entlassung relativ schwach. Der Dienstherr muß jedoch im Verwaltungsprozeß nachweisen, daß der Entlassene die für seine Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit erforderliche Eignung nicht besitzt und auch nicht mehr erwerben kann.[4]

Aus der Fürsorgepflicht des Dienstherrn ergibt sich jedoch, daß er Verfehlungen oder Schwächen geringfügiger Art nicht zum Anlaß einer Entlassung nehmen darf [5] und

---

1 VGH Baden-Württemberg, ESVGH 7, S. 111
2 BverwGE 11, S. 139 (142); VGH Baden-Württemberg, a.a.O., S. 111
3 BverwGE, DÖV 1961, S. 547
4 Bay VGH, DVBl.1950, S. 342
5 VGH Freiburg, ZBR 1953, S. 207

verpflichtet ist, dem Beamten vor seiner Entlassung Gelegenheit zu geben, nach Ermahnung und Anhörung die Beanstandungen zu beseitigen.[1]

2. Entlassung des Beamten auf Widerruf (§ 32 Abs. 1 BBG)

Der Widerrufsbeamte kann nach den §§ 32 Abs. 1 BBG bzw. 23 Abs. 1 BRRG jederzeit entlassen werden. Beamten auf Widerruf im Vorbereitungsdienst soll jedoch Gelegenheit gegeben werden, den Vorbereitungsdienst abzuleisten und die Prüfung abzulegen.

Die Zulässigkeit des Widerrufs ist nicht an das Vorliegen bestimmter Tatbestände geknüpft, der Widerruf ist "jederzeit", d. h. zu jedem Zeitpunkt und ohne Angabe von besonderen Gründen möglich.[2] Daraus folgt jedoch nicht, daß der Widerruf grundlos ausgesprochen werden darf.[3]

Dem Dienstherrn ist grundsätzlich die Entscheidungsfreiheit über die Ausübung des Widerrufs überlassen. Der Widerruf kann auf Dienstpflichtverletzungen,[4] unwürdiges Verhalten,[5] Charaktermängel sowie körperliche oder geistige Ungeeignetheit[6] gestützt werden. Es können aber auch nicht in der Person des Beamten liegende Gründe wie z. B. Sparmaßnahmen, Wegfall von Aufgaben oder Organisationsänderungen Anlaß für den Widerruf sein.[7]

Der Beamte kann gegen die Ausübung des Widerrufs Anfechtungsklage erheben, gegen deren Zulässigkeit entgegen der vom OVG Münster[8] in einer älteren Entscheidung geäußerten Auffassung keine Bedenken bestehen. Der Widerruf ist ein Verwaltungsakt, da er mit unmittelbarer Rechtswirkung in die Rechtsstellung des Beamten eingreift.

---

1 OVG Lüneburg, OVGE 3, S. 138
2 Fischbach, Bd. 1, Anm. I, 2, § 32 BBG; Plog-Wiedow, Rd Nr. 1, § 32 BBG
3 Plog-Wiedow, a.a.O.
4 BverwG, NJW 1954, S. 935; OVG Münster, ZBR 1955, S. 337
5 Württ-Bad VGH, ZBR 1956, S. 198; OVG Rhld-Pfalz, ZBR 1969, S. 296
6 Hess VGH, ZBR 1960, S. 234; OVG Münster, ZBR 1967, S. 194
7 Plog-Wiedow, Rd Nr. 6, § 32 BBG
8 DVBl. 1951, S. 579

Der Betroffene kann im übrigen geltend machen, durch den Widerruf in seinen Rechten verletzt zu sein, und zwar zumindest in seinem Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung.

Die Anfechtungsklage gegen den Widerruf ist nur dann begründet, wenn der Widerruf willkürlich erfolgt ist,[1] auf persönlicher Abneigung oder politischer Gegnerschaft beruht.[2] Darüber hinaus kann der Widerruf im Einzelfall eine Fürsorgepflichtverletzung des Dienstherrn beinhalten, wenn er z. B. wegen einer geringfügigen Verfehlung des Beamten ausgesprochen worden ist.[3]

Hinsichtlich der Beamten auf Widerruf im Vorbereitungsdienst beschränkt § 32 Abs. 2 BBG das Ermessen des Dienstherrn insoweit, als diesen Beamten Gelegenheit zur Ableistung des Vorbereitungsdienstes und zur Ablegung der Prüfung gegeben werden soll. Der Widerruf ist hier nur dann gerechtfertigt, wenn der Beamte in charakterlicher und geistiger Hinsicht den an ihn gestellten Anforderungen nicht entspricht und wenn feststeht, daß er das Ausbildungsziel innerhalb der vorgeschriebenen Vorbereitungszeit nicht erreichen wird.[4]

Der Rechtsschutz des Beamten auf Probe wird demnach durch die Einräumung eines Beurteilungsspielraums hinsichtlich des Begriffs "Bewährung" eingeschränkt, während sich der Beamte auf Widerruf gegenüber dem Dienstherrn nur auf Ermessensfehler berufen kann. Entscheidet dieser aufgrund sachlicher und zutreffender Erwägungen, dann wird ihm in aller Regel kein Ermessensfehler vorgeworfen werden können und die Anfechtungsklage gegen den Widerruf des Beamtenverhältnisses keinen Erfolg haben.[5]

---

1 OVG Rhld-Pfalz, AS 1, S. 23; Becker, ZBR 1957, S. 36 (38)
2 Becker, a.a.O., S. 38
3 VGH Freiburg, ZBR 1953, S. 207 (Nr. 7); OVG Lüneburg, OVGE 3, S. 138
4 OVG Lüneburg, DVBl. 1951, S. 117; Hess VGH, DÖV 1953, S. 310; OVG Münster, ZBR 1953, S. 74; OVG Koblenz, DVBl. 1955, S. 369
5 Becker, ZBR 1957, S. 36 (38)

VI. Entlassung im französischen Recht ("licenciement")

Nach Art. 50 des Beamtenstatuts von 1959 gibt es vier Arten der Beendigung des Dienstverhältnisses: das Ausscheiden auf Antrag des Beamten ("démission"), durch Absetzung ("révocation"), durch Versetzung in den Ruhestand ("admission à la retraite") und durch Entlassung ("licenciement").

Im Rahmen dieser Untersuchung werden nur die Rechtsschutzprobleme bei der Entlassung erörtert, da diese im Gegensatz zur Absetzung, die Disziplinarcharakter hat, eine verwaltungsrechtliche Maßnahme ist[1] und gegenüber der gewöhnlichen Art der Beendigung des Dienstverhältnisses durch Pensionierung eine außergewöhnliche Form des Ausscheidens aus dem Dienst darstellt.

Die Intensität des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Entlassung hängt von zwei Faktoren ab: erstens vom Status des Beamten, zweitens vom Entlassungsgrund.

1. Entlassung der "emplois supérieurs"

Bei der Entlassung der höchsten Beamten hat die Verwaltung ein nahezu freies Ermessen.[2] Wenn es sich um die in den Verordnungen vom 20.7.1949 und 21.3.1959 im einzelnen festgelegten hohen Ämter handelt, dann kann die Regierung eine Entlassung aufgrund reiner Opportunitätserwägungen aussprechen.[3] Die Rechtsprechung des Conseil d'Etat fordert von den "emplois supérieurs" Loyalität gegenüber der Regierung und erklärt die Entlassung der höchsten Beamten aus rein politischen Gründen für rechtmäßig.[4]

---

1 Plantey I, S. 373; Silvera, fonction publique, S. 475
2 Silvera, fonction publique, S. 252; C.E. 24-6-1949, Nègre, Rec. 304; C.E. 13-3-1953, Teissier, Rec. 133, D.1953.735, concl. Donnedieu de Vabres; C.E. 1-10-1954, Guille, Rec.496; C.E. 10-4-1958, Fourré-Cormeray, Rec. 233, D.1959.110 concl. Heumann, R.D.P. 1959, S. 1223 note Waline; C.E. 4-5-1959, Jugeau, Rec. 287; C.E. 10-2-1965, Pontillon, Rec. 92; C.E. 2-2-1966, Torrès, Rec. 70
3 Silvera, a.a.O., S. 252
4 C.E. 13-3-1953, Teissier, Rec. 133, D.1953.735, concl. Donnedieu de Vabres

Die Regierung ist lediglich verpflichtet, diejenigen Gesetze und Verordnungen zu beachten, die auch für die "emplois supérieurs" gelten, insbesondere das Gesetz von 1905 über die Gewährung von Akteneinsicht.[1] Der Conseil d'Etat hat im Fall Fourré-Cormeray[2] den Grundsatz, daß ein Verwaltungsakt nur von der gleichen Behörde und in der gleichen Form zurückgenommen werden kann, wie er erlassen worden ist ("parallélisme des formes") auf die "emplois supérieurs" für nicht anwendbar erklärt.

Insgesamt gesehen ist der Rechtsschutz der höchsten Beamten bei der Entlassung stark eingeschränkt; die "emplois supérieurs" sind nicht mit den Garantien ausgestattet, die für alle übrigen Beamten gelten; sie sind darüber hinaus sehr strengen Pflichten unterworfen, die sie praktisch von der Ausübung sämtlicher für den Beamten geltenden Rechte ausschließt.[3]

Im Hinblick auf den Status des Beamten ist im übrigen zu unterscheiden zwischen den "titulaires" und den "non-titulaires". Die ersteren sind Beamte, die eine Planstelle innehaben und mit dem deutschen Beamten auf Lebenszeit vergleichbar sind, während die letzteren "Probebeamte" ohne Planstelle sind.

2. Entlassung der "titulaires"

Die Beamten, die eine Planstelle innehaben, können aus folgenden Gründen entlassen werden: berufliche Ungeeignetheit ("insuffisance professionnelle"), physisches Unvermögen ("incapacité physique"), Verminderung von Planstellen ("dégagement des cadres").

---

1 C.E. 13-3-1953, Teissier, Rec. 133, D.1953.735; C.E. 4-5-1959, Jugeau, Rec. 287; C.E. 2-1-1959, Marine, Rec. 3; C.E. 5-6-1959, Dufay A.J.D.A. 1960, S. 137

2 C.E. 10-4-1958, Fourré-Cormeray, Rec. 233

3 Silvera, fonction publique, S. 253

a) Berufliche Ungeeignetheit ("insuffisance professionnelle")

Die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage eines wegen beruflicher Unzulänglichkeit entlassenen Beamten ist zu bejahen, da die Entlassungsverfügung eine "décision administrative" darstellt, die in die rechtlich geschützte Position des Beamten eingreift. Problematisch ist dagegen die Intensität der gerichtlichen Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Entlassungsverfügung. Der Conseil d'Etat überprüft insoweit lediglich die sachliche Richtigkeit und zutreffende Beurteilung der Tatsachen, die der Entlassungsverfügung zugrundeliegen.[1] Die richterliche Kontrolle der Dienstunfähigkeit erfolgt insbesondere durch einen Vergleich der Funktionen des entlassenen Beamten mit den Funktionen anderer Beamten des gleichen Dienstgrades und der gleichen Dienststellung.[2] Die Entlassungsverfügung ist vor allem dann rechtmäßig, wenn zur beruflichen Unzulänglichkeit körperliche Mängel[3] oder ein Dienstvergehen[4] hinzukommen.
Wird die Dienstunfähigkeit als Entlassungsgrund nur vorgeschoben und die Entlassung in Wahrheit z. B. wegen der Teilnahme des Beamten an einem Streik verfügt, dann ist die Entlassungsverfügung rechtswidrig,[5] weil insoweit eine Gesetzesverletzung in Form falscher Würdigung der Tatsachen ("illégalité rélative aux motifs") vorliegt.[6]

Dagegen kann der Dienstherr ein disziplinarrechtlich relevantes Verhalten des Beamten als Entlassungsgrund heranziehen.[7]

---

1 C.E. 19-2-1954, Couture, Rec. 116; C.E. 31-5-1968, Dame Duperre, A.J.D.A. 1968, S. 591; Bernard, E.D.C.E.1957, S. 57
2 C.E. 27-2-1957, Bachelin, Rec. 943
3 C.E. 7-6-1967, Dame Armspach, Rec. 236
4 C.E. 20-6-1962, Kley, Rec. 1007
5 C.E. 9-11-1951, Duchesne, Rec. 523
6 s. oben, S.53
7 C.E. 19-2-1954, Couture, Rec. 116; C.E. 23-7-1943, Chapelle, Rec. 201; Silvera, fonction publique, S. 475; Plantey I, S. 377

b) Physisches Unvermögen ("incapacité physique")

Die Entlassung aus gesundheitlichen Gründen ist nur nach vorheriger Anhörung einer medizinischen Kommission ("comité médical") und nach Abgabe einer Stellungnahme der "commission administrative paritaire" zulässig.[1]

Gegenüber der medizinischen Kommission kann der betroffene Beamte den Nachweis seiner Dienstfähigkeit führen, indem ein Arzt seiner Wahl gehört wird.[2]

Eine Durchsicht der Rechtsprechung des Conseil d'Etat macht deutlich, daß dem aus gesundheitlichen Gründen entlassenen Beamten mehr Rechtsschutz gewährt wird als bei einer Entlassung wegen mangelnder Eignung. Bei der Entlassung aus gesundheitlichen Gründen wird der Beurteilungsspielraum der Behörde eingeschränkt. Das Verwaltungsgericht überprüft zunächst das Vorliegen von Form- und Verfahrensfehlern und die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften. Darüber hinaus kontrolliert das Gericht, ob die Entlassungsbehörde dem Gutachten der medizinischen Kommission gefolgt ist [3] und ob diese auch tatsächlich die körperliche Verfassung des Betroffenen exakt untersucht hat.[4]

Die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Entlassungsverfügung beschränkt sich nicht auf das festgestellte Krankheitsbild, sondern erstreckt sich auch auf die Beurteilung der Tauglichkeit für den Dienst. Während der Conseil d'Etat eine solche Überprüfung früher nicht vorgenommen hat,[5] hat das Gericht mit den Entscheidungen Paoli[6] und Sajous[7] dem entlassenen Beamten das Recht eingeräumt, die Beurteilung seiner

---

1 Plantey I, S. 378; Silvera, fonction publique, S. 475
2 C.E. 14-5-1952, Béranger, Rec. 252; C.E. 17-2-1965, ministre de l'intérieur c. Fuger, Rec. 969
3 C.E. 11-2-1953, Cesari, Rec. 700
4 C.E. 30-6-1950, Grobel, Rec. 398
5 C.E. 27-3-1925, Mariani, Sirey 1927.3.57, note Hauriou; C.E. 26-12-1928, Chaberto, Rec. 1351
6 C.E. 28-6-1946, Sirey 1947.3.46, note P.H.
7 C.E. 19-12-1947, Rec. 477

körperlichen Tauglichkeit im Wege des "recours pour excès de pouvoir" überprüfen zu lassen. Im Fall Sajous hat der Conseil d'Etat zum Ausdruck gebracht, daß ein chronischer Rachenkatarrh und eine leichte Schwerhörigkeit mit den dienstlichen Verpflichtungen eines Polizisten vereinbar sein können.

Seitdem prüft der Conseil d'Etat nach, ob Schwerhörigkeit für bestimmtes Büropersonal den dienstlichen Anforderungen entgegensteht,[1] ob Blindheit mit bestimmten Tätigkeiten vereinbar ist,[2] ob eine Krankheit den Beamten für die Ausübung einer Funktion absolut und endgültig untauglich macht[3] oder ob diese Krankheit der Auferlegung einer Disziplinarstrafe entgegensteht.[4]

Aus dieser Reihe von Entscheidungen des Conseil d'Etat ist der Umfang des Rechtsschutzes des aus gesundheitlichen Gründen entlassenen Beamten deutlich erkennbar. Der Conseil d'Etat kontrolliert die rechtliche Bewertung der für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen, die medizinische Diagnose wird dagegen nicht überprüft. Die richterliche Untersuchung beschränkt sich darauf, ob sich die in Frage stehende Krankheit in dieser oder jener Form in eine rechtliche Bewertung einordnen läßt. Konkret heißt das: Lassen sich z. B. Schwerhörigkeit, Blindheit oder Tuberkuloseerkrankungen von Beamten in die Kategorie derjenigen Gebrechen einstufen, die mit der Ausübung bestimmter dienstlicher Tätigkeiten unvereinbar sind.[5]

Diese Kontrolle der rechtlichen Bewertung der gesundheitlichen Schwächen räumt den Beamten eine echte Garantie ein, ändert jedoch andererseits nichts daran,

---

1 C.E. 6-2-1952, Dlle Cazarre, Rec. 87
2 C.E. 25-7-1952, Loubeyre, D.1953.J.5
3 C.E. 3-6-1953, Dlle Girard, Rec. 259
4 C.E. 15-6-1955, Labarde, Rec. 320
5 C.E. 6-2-1952, Dlle Cazarre, Rec. 87; C.E. 25-7-1952, Loubeyre, D.1953.J.5

daß der Verwaltung über die rechtliche Einstufung hinaus ein gewisser Beurteilungsspielraum verbleibt.[1]

Bemerkenswert hierfür ist die Entscheidung Loubeyre.[2] Nachdem der Conseil d'Etat zum Ausdruck gebracht hat, daß Blindheit an sich mit der Tätigkeit eines Universitätsprofessors vereinbar ist, läßt das Gericht keinen Zweifel daran, daß es der zuständigen Behörde obliegt, die gesamten Verhältnisse des Betroffenen und die sich bei der Dienstausübung ergebenden Schwierigkeiten gegenüber zu stellen. Die aufgrund einer solchen Abwägung getroffene Entscheidung ergeht im Rahmen des verwaltungsgerichtlich nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraums der Behörde.

c) Verminderung der Planstellen ("dégagement des cadres")

Vor dem Inkrafttreten des Beamtenstatuts von 1946 ist die Entlassung wegen Verminderung der Planstellen als eine "mesure d'ordre intérieur" angesehen worden,[3] gegen die eine Anfechtungsklage nicht erhoben werden konnte. Das Beamtengesetz von 1946 hat dann durch Art. 134 die Freiheit der Verwaltung insoweit eingeschränkt, als im Fall der Verminderung von Planstellen, die Beamten nur aufgrund eines Gesetzes entlassen werden können, das Bedingungen für die rechtzeitige Ankündigung dieser Maßnahme sowie Art und Höhe der Entschädigung der Betroffenen regelt.[4]

Ist den Beamten hiermit zwar ein gewisser Rechtsschutz eingeräumt, der in Ausführungsgesetzen zu Art. 134 insbesondere darin zum Ausdruck kommt, daß die Verminderung von Planstellen von besonderen Voraussetzungen abhängig ist,[5] so besteht dennoch weiterhin ein ausgedehnter Beurteilungsspielraum der Verwaltung. Die Behörde ist näm-

---

1 Bernard, E.D.C.E. 1957, S. 61
2 C.E. 25-7-1952, Loubeyre, D.1953.J.5
3 Hauriou, note zu C.E. 22-1-1926, Sirey 1926.3.25; Rivero, Mesures d'ordre intérieur, S. 134
4 Art. 134 entspricht der Regelung des Art. 51 des Gesetzes von 1959
5 vgl. u.a. loi no 56-782 du 4 août 1956

lich dann, wenn durch ein Gesetz die Reihenfolge der Entlassung bestimmt wird, in der Beurteilung der Gleichwertigkeit zweier Planstellen hinsichtlich der dienstlichen Fähigkeiten der Betroffenen frei.[1]

Ein Beispiel aus der Rechtsprechung ist der Fall Lagrange.[2] Der Conseil d'Etat hat lediglich geprüft, ob ein Rechtsirrtum vorliegt, d. h. ob die Verwaltung die in der gesetzlichen Regelung enthaltenen Begriffe falsch ausgelegt hat,[3] ob die der Entlassung zugrundeliegenden Tatsachen sachlich unrichtig sind[4] und ob mit der Entlassung ein sachlich falscher Zweck verfolgt worden ist.

In der Lehre wird die Schwäche des Rechtsschutzes bei der Verminderung der Planstellen als unbefriedigend bezeichnet; Galabert und Gentot[5] machen geltend, die mangelnde Intensität des Rechtsschutzes lasse sich deshalb nicht mit der Kompliziertheit des Verfahrens begründen, weil der Verwaltungsrichter aufgrund seiner Ausbildung und praktischen Verwaltungserfahrung diese kenne.

Die Verminderung von Planstellen ist rechtswidrig, wenn sie in Wahrheit deshalb vorgenommen wird, um einen unliebsamen Beamten zu entlassen.[5a]

Die Entlassung im Fall der Verminderung von Planstellen setzt weiter voraus, daß die besondere Situation des betroffenen Beamten überprüft und mit der anderer Beamter verglichen wird.[6] Im übrigen muß der Entlassung die Konsultation der "commission administrative paritaire" vorangehen.[7] Die Entlassung wegen Verminderung der Plan-

---

1 C.E. 2-6-1950, Deslandes, Rec. 338; C.E. 27-4-1951, Mélamède, Rec. 410; C.E. 6-11-1957, Fribourg, Rec. 585
2 C.E. 15-2-1961, Rec. 121; vgl. auch C.E.17-5-1961, Dlle Cavaignac, Rec. 310
3 zum "erreur de droit" vgl. Auby-Drago III, S. 61 ff. Fromont, Rechtsschutz, S. 172 ff.
4 zum "fait matériellement inexact" vgl. Auby-Drago III, S. 66 ff.
5 A.J.D.A., S. 200
5a C.E. 15-7-1964, Dame Michel, Rec. 403
6 C.E. 23-11-1956, Rec. 446
7 C.E. 5-5-1954, Souliman, Rec. 250

stellen darf weder mit rückwirkender Kraft[1] ausgesprochen werden noch die disziplinarrechtlichen Grundsätze unterliegende Demission verschleiern.

2. Entlassung der "non-titulaires"

Wegen der rechtlich schwachen Stellung der Beamten ohne Planstelle beschränkt sich die verwaltungsgerichtliche Überprüfung ihrer Entlassung auf eine Kontrolle der Unrichtigkeit von Tatsachen.[2] Der Conseil d'Etat untersucht dabei insbesondere, ob die Entlassung nicht aus Gründen ausgesprochen worden ist, die in der Person des Beamten liegen.[3] Darüber hinaus ist die Entlassung der "non-titulaires" wegen Dienstunfähigkeit, aus gesundheitlichen Gründen oder auch wegen moralischer Bedenken möglich.[4]

Sie kann während der Vorbereitungszeit, nach deren Beendigung und durch Ablehnung der Zuteilung einer Planstelle verfügt werden.[5]

Die Zweckmäßigkeit der Entlassungsverfügung unterliegt nicht der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.[6] Es liegt im Ermessen der Verwaltung, die für das reibungslose Funktionieren des Dienstes verantwortlich ist, nach dem Abschluß der Probezeit zu beurteilen, ob der Beamte die für die endgültige Verleihung eines Amtes ("titularisation") erforderliche Qualifikation besitzt.

Die Verwaltungsgerichte erkennen diesen weiten Ermessensspielraum an; der Probebeamte hat demgegenüber weder ein Recht, die Probezeit für die gesamte, gesetzlich vorgesehene Dauer zu durchlaufen,[7] noch hat er einen An-

---

1 C.E. 16-7-1966, Commune de Bully, Rec. 890
2 C.E. 11-2-1965, Bellec, Rec. 120; C.E. 26-10-1960, Rioux, Rec. 558
3 C.E. 4-1-1961, Bellei, Rec. 1082
4 C.E. 29-6-1949, Magnier, R.D.P.1950, S. 212
5 C.E. 30-4-1948, Arco, Rec. 187; C.E. 4-7-1934, Degivry, Rec. 1456
6 C.E. 21-1-1925, Vella, Rec. 1269
7 Bockel, R.D.P. 1966, S. 265 (282)

spruch darauf, nach Absolvierung der Probezeit endgültig eingestellt zu werden.[1]

Die "titularisation" bleibt ein Vorrecht der Verwaltung, in ihrer Ablehnung liegt kein Eingriff in die dem Probebeamten zustehenden Rechte.[2] Der Probebeamte hat selbst dann kein Recht, eine Planstelle zu erhalten, wenn eine solche ihm zugesagt worden ist.[3] Im Gegensatz zum deutschen Beamtenrecht ist in Frankreich die Ernennungszusage deshalb nicht wirksam, weil insoweit der Aufhebungsgrund der Unzuständigkeit gegeben ist.[4]

Rechtsvergleichendes Ergebnis

In beiden Rechtsordnungen wird den Beamten gegen eine Entlassung grundsätzlich Rechtsschutz gewährt.

Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle ist im deutschen Recht bei der Entlassung des Probebeamten weiter als bei der Entlassung des Beamten auf Widerruf.

Ähnliches gilt für das französische Recht im Verhältnis der "titulaires" zu den "non-titulaires".

Während die Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen die Entlassung im deutschen Recht allgemein zu bejahen ist, ist die Beurteilung ihrer Begründetheit wesentlich schwieriger. Der Entlassungsbehörde wird ein Beurteilungsspielraum im Hinblick auf die Bewertung der Entlassungsgründe eingeräumt. Der Rechtsschutz des Beamten gegen die Entlassung wird hierdurch - ähnlich wie bei den Prüfungsentscheidungen - eingeschränkt.

---

1 C.E. 26-1-1917, Laloge, Rec. 87
2 Bockel, R.D.P. 1966, S. 283; C.E. 26-1-1917, Laloge, Rec. 87; C.E. 16-3-1955, Dlle Champelle, Rec. 720
3 C.E. 28-1-1959, Savatte, R.D.P. 1959, S. 807
4 s. oben, S. 82

Im französischen Recht sind jedoch dem Beurteilungsspielraum der Behörde zumindest bei der Entlassung aus gesundheitlichen Gründen engere Grenzen gesetzt. Die gerichtliche Kontrolle erstreckt sich nämlich insoweit auch auf die Beurteilung der Tauglichkeit des Beamten für bestimmte Ämter.

Die Entwicklung der Rechtsprechung des Conseil d'Etat in diesem Bereich ist Ausdruck der sich auch im deutschen Recht abzeichnenden Tendenz, die Lehre von dem Beurteilungspielraum einzuschränken.

Der Rechtsschutz des Beamten auf Widerruf und des "non-titulaire" gegen die Entlassung ist sehr schwach. Die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung bezieht sich hier nur auf das Vorliegen von Ermessensfehlern wie Willkür oder sachfremde Erwägungen.

VII. Innerdienstliche Anordnungen im deutschen Recht

Aufgrund des hierarchischen Aufbaus der Verwaltung und der in den Beamtengesetzen normierten Gehorsamspflicht[1] des Beamten sind die Dienstherrn und Vorgesetzten berechtigt, ihren nachgeordneten Beamten dienstliche Anordnungen zu erteilen.

Es fragt sich jedoch, ob die Unterscheidung dieser Anordnungen in solche, die das "Grund-" und solche, die das "Betriebsverhältnis"[2] betreffen oder vergleichbare Differenzierungen[3] geeignet sind, die insoweit bestehenden Rechtsschutzprobleme zufriedenstellend zu lösen.

Ähnlich wie im französischen Recht der Bereich der unanfechtbaren "mesures d'ordre intérieur" stark eingeschränkt wird, zeichnet sich auch im deutschen Recht die Tendenz ab, die Anfechtbarkeit einer Vielzahl von Maßnahmen, die bisher dem "Betriebsverhältnis" zugeordnet worden sind, zu bejahen. Ein Beispiel hierfür ist die Versetzung des Beamten, die ursprünglich als innerdienstliche Anordnung angesehen worden ist, heute jedoch übereinstimmend als anfechtbarer Verwaltungsakt eingestuft wird.[4]

Da der Versetzung zumindest teilweise immer noch der statusrechtliche Charakter abgesprochen wird und im Rahmen der Erörterung der Rechtsschutzfragen bei der Versetzung Abgrenzungsprobleme zu den versetzungsähnlichen Maßnahmen bestehen, soll die Versetzung der Darstellung der innerdienstlichen Anordnungen vorangestellt werden. Nach der Untersuchung der Rechtsschutzprobleme bei der Versetzung wird dann im einzelnen anhand verschiedener innerdienstlicher Anordnungen erörtert, inwieweit es noch angezeigt ist, an allgemeinen Abgrenzungskriterien festzuhalten.

---

1 §§ 55 BBG, 37 BRRG
2 s. oben, S. 5 und 32
3 s. oben, S.30 f.
4 Redeker- von Oertzen, Rd Nr. 52, § 42 VwGO; Mangels, ZBR 1960, S. 141 (143); Stich, ZBR 1958, S.70 (72); Schütz, ZBR 1959, S. 65 (67)

1. Versetzung

Die Versetzung eines Beamten beinhaltet die dauernde Zuweisung einer anderen Amtsstelle innerhalb des Dienstbereichs seines Dienstherrn oder eines anderen Dienstherrn. Die Versetzung setzt nach überwiegender Auffassung[1] einen Behördenwechsel notwendig voraus. Innerhalb derselben Behörde gibt es deshalb begrifflich keine Versetzung. Rechtlich ist jedoch der Fall eines Orts- ohne Behördenwechsel der Versetzung gleichzustellen; ein solcher Fall ist z. B. dann gegeben, wenn ein Beamter zu einer Außenstelle derselben Behörde versetzt wird, die ihren Sitz an einem anderen Ort hat.[2]

In der Entbindung eines Behördenleiters von seinen bisherigen Befugnissen liegt keine Versetzung, sofern der Beamte bei derselben Behörde bleibt. Ist mit dieser Maßnahme nicht die Zuweisung gleichwertiger neuer Dienstaufgaben verbunden, dann handelt es sich nicht mehr lediglich um einen Akt der Geschäftsverteilung, sondern um einen anfechtbaren Verwaltungsakt, weil insoweit in das Recht des Beamten auf Ausübung der laufbahnmäßigen Amtsgeschäfte eingegriffen wird.[3]

Über die Gewährung von Rechtsschutz bei der Änderung des Arbeitsbereiches des Beamten entscheidet daher nicht die begriffliche Qualifizierung der Maßnahme als Versetzung, sondern das Vorliegen eines Eingriffs in die persönliche Rechtsstellung des Beamten, mit dem der rechtliche Inhalt des Beamtenverhältnisses verändert wird oder sonstige Rechte des Beamten tangiert werden.[4]

Dagegen ist nach bisheriger Auffassung die reine Zuteilung anderer, gleichwertiger Dienstgeschäfte in der Regel

---

1 Fischbach, Bd. 1, Anm. I, 3 a, § 26 BBG; Plog-Wiedow, Rd Nr. 2, § 26 Oppenheimer, ZBR 1971, S. 195
2 Oppenheimer, a.a.O.
3 VGH Bad-Württ, DVBl. 1970, S. 695 (696)
4 BverwGE 14, S. 84; Stich, ZBR 1958, S. 70 (73)

keine Versetzung, sondern eine verwaltungsinterne Organisationsmaßnahme.[1]

Die Anordnung der Versetzung ist ein Verwaltungsakt. Der von ihr betroffene Beamte kann im übrigen geltend machen, durch die Versetzung in seinen Rechten verletzt zu sein. Gegen die Zulässigkeit der Anfechtungsklage bestehen daher keine Bedenken.

Die Entscheidung der Frage, wann die Anfechtungsklage begründet ist, erscheint wesentlich schwieriger. Die Versetzungsverfügung ist rechtmäßig, wenn der Beamte die Versetzung beantragt hat oder ein dienstliches Bedürfnis für die Versetzung besteht.

Entgegen der früher in der Rechtsprechung[2] und Literatur[3] vertretenen Auffassung hat das Bundesverwaltungsgericht[4] nunmehr eindeutig klargestellt, daß der Dienstherr über das "dienstliche Bedürfnis" als tatbestandlicher, gerichtlich voll überprüfbarer und nachzuvollziehender gesetzlicher Voraussetzung für die in das Ermessen des Dienstherrn gestellte Versetzung ohne Beurteilungsspielraum entscheidet. Eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle ergibt sich nach der Rechtsprechung nur dann, wenn das dienstliche Bedürfnis durch Einzelfaktoren geprägt ist, die - wie z. B. eine verwaltungspolitische Erwägung oder die Beurteilung der Eignung des Beamten - ihrerseits der verwaltungsgerichtlichen Prüfung nur beschränkt zugänglich sind.

Danach unterliegt der unbestimmte Rechtsbegriff des "dienstlichen Bedürfnisses" grundsätzlich der vollen Überprüfung. Daraus folgt, daß die Verwaltungsgerichte bei einer Versetzung wegen innerbehördlicher Spannungen ermitteln können, wer die eigentliche Ursache für die

---

1 Fischbach, Bd. 1, Anm. I, 1c, § 26 BBG
2 BverwG, Urteil vom 15.8.1960, Buchholz, 237.3, § 27 BBG
3 Fischbach, Bd. 1, Anm. I, 4 a, § 26 BBG; Plog-Wiedow, Rd Nr. 19, § 26 BBG
4 Urteil vom 28.4.1966, ZBR 1966, S. 280, Anm. Wilhelm; BverwG, ZBR 1967, S. 208; ZBR 1969, S. 47

Spannungen gesetzt hat. Es ist daher im Einzelfall auch möglich, die Versetzung eines Untergebenen als rechtswidrig aufzuheben, wenn dieser gleichsam das "Opfer" von Unstimmigkeiten ist, die der Behördenleiter allein verschuldet hat.[1] Andererseits ist das dienstliche Bedürfnis für eine Versetzung dann zu bejahen, wenn ein Beamter die weitere Zusammenarbeit mit seinem Vorgesetzten von sich aus ablehnt.[2] Ein Dienststellenleiter kann versetzt werden, wenn infolge seines Verhaltens das innerdienstliche Vertrauensverhältnis zerstört ist und eine sinnvolle Zusammenarbeit zwischen ihm und seinen Untergebenen nicht mehr möglich ist.[3]

Der bayerische Verwaltungsgerichtshof[4] hat durch Urteil vom 21.2.1969 das dienstliche Bedürfnis für die Versetzung eines 51-jährigen höheren Beamten eines Landratsamtes an die Regierung mit der Begründung bejaht, daß die Außenstellen der Inneren Verwaltung möglichst mit dienstjüngeren, die Mittelstellen dagegen mit dienstälteren Beamten zu besetzen seien. Zur Erfüllung der Aufgaben an einem Landratsamt sei nämlich Wendigkeit und Spannkraft erforderlich, während an der Mittelbehörde ein größerer Überblick vorhanden sein müsse. Der Versetzung stehe insoweit auch nicht die Tatsache entgegen, daß der Betroffene an seinem bisherigen Dienstort erst kürzlich ein Eigenheim erworben habe.

Es ist fraglich, ob diese Begründung ausreicht, um das dienstliche Bedürfnis für die Versetzung zu bejahen. In dem genannten Fall handelt es sich nicht unbedingt um eine "verwaltungspolitische Entscheidung" i.S. der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Dieser Begriff ist nämlich eng auszulegen, da sonst die Gefahr be-

---

1 BverwG, ZBR 1967, S. 208 (209)
2 OVG Lüneburg, ZBR 1963, S. 19 mit Anm. Czermak
3 VG Frankfurt, ZBR 1969, S. 222
4 nicht veröffentlicht; zitiert nach Zängl, Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes zum Beamtenrecht, ZBR 1971, S. 111 (114) - Aktz.: - 1 III 68 -

steht, daß der Behörde über den Umweg der verwaltungspolitischen Entscheidung im Ergebnis ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird. Im übrigen wird gerade in jüngster Zeit geltend gemacht, die bisherige Form der Ämterbesetzung nach dem Anciennitätsprinzip verhindere die erforderliche Innovation im öffentlichen Dienst.[1] Wendigkeit und Ausdauer jüngerer Beamter sind insbesondere auch bei Mittelbehörden für die Erfüllung der Aufgaben erforderlich. Das Prinzip, dem ältesten Beamten die größte Verantwortung zu übertragen, läßt sich nicht mehr aufrechterhalten und wird auch in der Praxis längst nicht mehr ausnahmslos angewendet.

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Frage des dienstlichen Bedürfnisses bei der Versetzung hat den Rechtsschutz des Beamten gegen rechtswidrige Versetzungen verstärkt. Mit der Einschränkung des Ermessens des Dienstherrn bei der Versetzung wird unterstrichen, daß das formelle Hauptgrundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG zugleich einen materiellen Einschlag besitzt und über das formale Recht, den Rechtsweg zu beschreiten, auch ein substantielles Recht auf effektiven, tatsächlich wirksamen Rechtsschutz gewährt.[2]

2. Sonstige innerdienstliche Maßnahmen

a) Vorbereitende Akte

Maßnahmen des Dienstherrn, die lediglich der Vorbereitung einer durch Verwaltungsakt zu treffenden Regelung dienen, wie z. B. die Ankündigung bestimmter Akte[3], sind verwaltungsgerichtlich nicht anfechtbar, da sie selbst keine Regelung enthalten. Das Gleiche gilt für Mitteilungen und Schreiben,[4] die Kundgabe einer Rechtsansicht,[5]

---

1 Thieme, Verhdl. des 48. DJT (1970), Bd. 1, D 22
2 Wilhelm, Anm. zu BverwG vom 28.4.1966, ZBR 1966, S. 281
3 BverwG, MDR 1957, S. 57; NJW 1961, S. 844; Hess VGH, DÖV 1949, S. 460
4 BverwG, DVBl. 1959, S. 582
5 BverwG, DÖV 1957, S. 262, mit Anm. Bachof

Erklärungen oder Empfehlungen gegenüber einer anderen Behörde,[1] gutachtliche Äußerungen,[2] behördliche Auskünfte,[3] Belehrungen und Ermahnungen.[4]
Bei allen diesen Maßnahmen werden durch die hoheitliche Willensäußerung keine unmittelbaren Eingriffe in rechtlich geschützte Positionen vorgenommen. So sind Rechtsauskünfte lediglich die Grundlage für die Vornahme oder Unterlassung von Verwaltungsakten, ohne konkret eine Subsumtion oder eine Ermessensbetätigung vorwegzunehmen. Bei den genannten Maßnahmen ist es in aller Regel nicht schwierig, aufgrund ihrer rechtlichen Qualifikation als reine Vorbereitungsakte ohne Regelungscharakter die Zulässigkeit einer gegen sie gerichteten Anfechtungsklage zu verneinen.

b) Mißbilligung

Ein Abgrenzungsproblem besteht jedoch bei der gegenüber einem Beamten ausgesprochenen Mißbilligung.

Dienstlichen Vorhaltungen und Rügen wird zwar die Verwaltungsaktsnatur abgesprochen,[5] dagegen bejaht das Bundesverwaltungsgericht[6] die Zulässigkeit des Rechtsweges für Klagen gegen Mißbilligungen, die den förmlichen Vorwurf eines dienstpflichtwidrigen Verhaltens enthalten. Dies wird damit begründet, daß "jedenfalls eine solche Mißbilligung geeignet sei, den Beamten in seinen Rechten zu verletzen." Das Bundesverwaltungsgericht hat insoweit - wie bei den neueren Entscheidungen zur Anfechtbarkeit dienstlicher Beurteilungen[7] - die Rechtsnatur der angegriffenen Maßnahme offen gelassen und die Zulässigkeit der Klage auf Art. 19 Abs. 4 GG und die §§ 40 Abs. 1 VwGO und 126 BRRG gestützt. Dabei bleibt die im Rechtsschutz-

---

1 Eyermann-Fröhler, Rd Nr. 27, § 42 VwGO
2 BverwG, DVBl. 1961, S. 87
3 OVG Hamburg, DÖV 1950, S. 622
4 Fischbach, Bd. 2, Anm. III, 5 e, § 172 BBG
5 Eyermann-Fröhler, Rd Nr. 48, § 42 VwGO
6 Urteil vom 8.7.1970 - VI C 48. 66, Buchholz 230, Nr. 12, § 126 BRRG
7 s. oben, S. 95

system der VwGO entscheidende Vorschrift des § 42 VwGO unerwähnt und die Klageart offen. Hiergegen sind bereits bei der Darstellung der Beurteilung Bedenken erhoben worden. Die Mißbilligung ist wie die Beurteilung ein Verwaltungsakt, da sie gleichsam eine negative Beurteilung enthält und sich nachteilig auf das weitere Fortkommen des Beamten auswirkt. Wenn im genannten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts davon ausgegangen wird, daß "jedenfalls der in der Mißbilligung enthaltene Vorwurf geeignet sei, den Beamten in seinen Rechten zu verletzen," dann wird im Grunde der Regelungscharakter der Mißbilligung angenommen.

Von dem Ergebnis der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts her ist es daher nur noch ein kleiner Schritt zur Anerkennung der Anfechtbarkeit aller Maßnahmen im Beamtenverhältnis, die eine potentielle Verletzung der Individualsphäre in sich tragen. Dieser Schritt erscheint insbesondere deshalb gerechtfertigt, weil es systemkonformer ist, den Begriff des Verwaltungsaktes im Lichte der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG extensiv auszulegen. Im übrigen ist gerade die Anfechtungsklage das gegen Mißbilligungen sachgerechtere Rechtsschutzmittel: Sie ist im Gegensatz zur allgemeinen Leistungsklage fristengebunden und es kann nicht noch nach sehr langer Zeit die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der Dienstvorgesetzten in Frage gestellt werden.

Vor einer abschließenden Stellungnahme zur Frage der Intensität des Rechtsschutzes gegen innerdienstliche Maßnahmen sollen zunächst weitere typische Beispiele dieser Kategorie erörtert werden.

Einen Ansatz für eine Grenze zwischen anfechtbaren und nicht anfechtbaren innerdienstlichen Maßnahmen bietet die unterschiedliche Behandlung der Dienstpostenbewertung und der Festsetzung des Allgemeinen Dienstalters.

c) Dienstpostenbewertung

Nach der Rechtsprechung[1] und Literatur[2] stellt die Dienstpostenbewertung keine Regelung des konkreten Dienstverhältnisses mit rechtlicher Außenwirkung gegenüber dem Dienstposteninhaber dar. Die Dienstpostenbewertung soll nämlich lediglich die Wertigkeit des konkreten Aufgabengebietes bzw. Arbeitsplatzes des einzelnen Beamten im Vergleich zu anderen bestimmen.[3] Bewertet wird nicht der Dienstposteninhaber, sondern allein der Dienstposten, deshalb ist die Dienstpostenbewertung lediglich ein technisches Hilfsmittel zur Vorbereitung von Stellenplänen[4] ohne unmittelbare Bedeutung für die weitere Gestaltung der Laufbahn. Das VG Oldenburg[5] geht demgegenüber davon aus, die Dienstpostenbewertung erfülle die Merkmale des Verwaltungsaktes, weil mit ihr für den Dienstposteninhaber verbindlich festgelegt werde, welches Amt im statusrechtlichen Sinne er allenfalls erreichen könne, solange er diese Tätigkeit ausübe. Diese Argumentation verkennt, daß die Dienstpostenbewertung keine selbständige, abschließende Verwaltungsmaßnahme ist, sondern lediglich der Vorbereitung zur Aufstellung des Stellenplanes als eines Teils des Haushaltsplanes dient.[6]

d) Festsetzung des Allgemeinen Dienstalters

Bei der Festsetzung des Allgemeinen Dienstalters handelt es sich entgegen der zum Teil in Rechtsprechung[7] und Literatur[8] geäußerten Auffassung nicht nur um ein verwaltungstechnisches Hilfsmittel zur Vorbereitung künftiger

---

1 BverwGE 36, S. 188; 36, S. 218; OVG Lüneburg, OVGE 13, S. 395; VG Köln, ZBR 1961, S. 21; VG Braunschweig, ZBR 1967, S. 92 u. DVBl. 1969, S. 83 mit Anm. Lemhöfer; VG Würzburg, DVBl. 1970, S. 699
2 Schmidt, ZBR 1968, S. 332; Mayer, DVBl. 1970, S. 651
3 Schmidt, ZBR 1968, S. 332; BverwGE 36, S. 218 (221)
4 Schmidt, a.a.O., S 332
5 nicht veröffentlichtes Urteil vom 14.10.1968 - II A 63/68 zitiert nach Mayer, DVBl. 1970, S. 651
6 Mayer, a.a.O., S. 653
7 VG Frankfurt, DVBl. 1957, S. 432; VGH Kassel, ZBR 1962, S. 386
8 Fischbach, Anm. A, I 1 h, § 83 BBG; Stein, NJW 1957, S. 1093 (1095)

personeller Entscheidungen, sondern um eine hoheitliche Maßnahme des Dienstherrn, die als Festlegung der Dienstaltersfolge von gleichqualifizierten Beamten für die weitere Gestaltung ihrer Laufbahn von unmittelbarer rechtlicher und nicht nur tatsächlicher Bedeutung ist.[1] Das Allgemeine Dienstalter ist nämlich neben anderen Elementen wie der Leistung, der persönlichen Eignung, der bisherigen Tätigkeit u. a. ein wesentliches Merkmal, nach dem der Dienstherr den Zeitpunkt des dienstlichen Aufsteigens des Beamten bestimmt. Das Recht des Beamten, das durch die Festsetzung des Allgemeinen Dienstalters gestaltet wird, ist der Anspruch gegenüber dem Dienstherrn, nicht sachwidrig benachteiligt zu werden. Dieses Recht kann durch eine fehlerhaft vorgenommene Festsetzung des Allgemeinen Dienstalters verletzt werden. Diese erzeugt daher unmittelbare Rechtswirkungen gegenüber dem betroffenen Beamten.[2]

Zusammenfassend ist zur Dienstpostenbewertung und Festsetzung des Allgemeinen Dienstalters somit festzuhalten, daß die sich auf den Dienstposten als solchen, ohne Rücksicht auf den jeweiligen Inhaber, beziehende Dienstpostenbewertung als unanfechtbar anzusehen ist, während die Festsetzung des Allgemeinen Dienstalters als personenbezogene Maßnahme unmittelbare Rechtswirkungen entfaltet und der Anfechtung unterliegt.

Aus der Gegenüberstellung von Dienstpostenbewertung und Festsetzung des Allgemeinen Dienstalters hat sich die Unterscheidung zwischen personenbezogenen innerdienstlichen Akten und solchen verwaltungstechnischer Natur (Vorbereitungs-, Hilfsakte) ergeben.

Im folgenden soll untersucht werden, inwieweit die Zuteilung anderer Dienstgeschäfte zu den reinen verwaltungstechnischen Akten gehört.

---

1 BverwGE 19, S. 19 (22)
2 Rothländer, ZBR 1963, S. 73 (74)

e) Zuteilung anderer Dienstgeschäfte

Es ist anerkannt und soll auch in der vorliegenden Untersuchung nicht in Frage gestellt werden, daß behördenorganisatorische Maßnahmen nicht zu den anfechtbaren Verwaltungsakten gehören. Hierzu zählen z. B. die Einrichtung neuer Ämter, deren Verlegung oder die Neuabgrenzung von Verwaltungsbezirken. Es mag sein, daß derartige Maßnahmen zugleich mit Nachteilen für einen Teil der Beamten verbunden sind, hierin liegt jedoch kein Eingriff in die geschützte Rechtssphäre des einzelnen Beamten. Sie haben nämlich grundsätzlich kein Recht auf eine bestimmte Gestaltung der behördlichen Organisation.[1]

Die Zuteilung anderer Dienstgeschäfte ist zwar oberflächlich betrachtet ebenfalls ein Organisationsakt, dieser ist jedoch notwendig personenbezogen und von den bisher erörterten behördenorganisatorischen Maßnahmen zu unterscheiden.

Nach der h.M. in Rechtsprechung[2] und Literatur[3] sind geschäftsverteilende Anordnungen grundsätzlich nicht anfechtbar, weil die Geschäftsverteilung zum Gestaltungsrecht und zur Organisationsgewalt der Verwaltung gehöre. Der Beamte hat danach kein Recht auf Beibehaltung eines ein für allemal festgesetzten Aufgabenbereichs,[4] die Ausgestaltung seiner Tätigkeit werde von dem Behördenleiter bestimmt.[5] Im Gegensatz zur Versetzung wechsele der Beamte bei der Übertragung anderer Dienstgeschäfte bei derselben Behörde weder sein Amt noch die Amtsstelle.[6]

Nach diesen Grundsätzen ist es folgerichtig, wenn die Ablösung des Leiters eines Polizeimusikkorps und dessen

---

1 OVG Rhld-Pfalz, DVBl. 1954, S. 745
2 OVG Lüneburg, DÖV 1954, S. 510; OVG Münster, ZBR 1957, S. 712; Hess VGH, DÖV 1957, S. 372; OVG Hamburg, DVBl. 1956, S. 417
3 Fischbach, Bd. 2, Anm. IV, 1 a, § 172 BBG; Plog-Wiedow, Anm. 3 b, bb, § 172 BBG; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 140
4 OVG Hamburg, DVBl. 1956, S. 417
5 OVG Münster, Verw.Rspr. Bd. 9, S. 443 (446)
6 Hess VGH, DÖV 1957, S. 372 (373)

weitere Verwendung als Polizeiobermeister im Exekutivdienst zu den nicht anfechtbaren Dienstbefehlen gerechnet wird. Dies mit der Begründung, der Betroffene bleibe innerhalb seiner Behörde und in der gleichen Polizeieinheit und mit dem angeordneten Beschäftigungswechsel sei weder ein neues Amt übertragen noch ein Wechsel in der Laufbahn verbunden.[1]

Die Entbindung eines Bundesbahnbeamten von der Leitung einer Lokomotivabteilung eines Ausbesserungswerkes mit gleichzeitigem Wegfall einer widerruflich bewilligten Stellenzulage wird ebenfalls als organisationsrechliche Maßnahme ohne unmittelbare Rechtswirkung angesehen.[2] Dem Dienstherrn wird das Recht eingeräumt, durch geschäftsverteilende Maßnahmen dem Beamten wesentliche Teile seines bisherigen Arbeitsgebietes zu entziehen; geschäftsverteilende Anordnungen werden auch nicht dadurch zu Verwaltungsakten, daß der betroffene Beamte behauptet, sein Ansehen in der Öffentlichkeit werde durch die Änderung der Geschäftsverteilung beeinträchtigt.[3]

Dagegen wird in bestimmten Ausnahmefällen anerkannt, daß auch Geschäftsverteilungsmaßnahmen anfechtbare Verwaltungsakte sein können. Das Bundesverwaltungsgericht[4] hat den Grundsatz aufgestellt, daß innerdienstliche Anordnungen im Verwaltungswege anfechtbare Verwaltungsakte sind, wenn sich ihre potentiellen Wirkungen nicht nur auf die Stellung des Beamten als Amtsträger beschränken, sondern sich über die Konkretisierung der Gehorsamspflicht hinaus auch auf dessen Stellung als eine dem Dienstherrn mit selbständigen Rechten gegenüberstehende Rechtspersönlichkeit erstrecken. Dies ist im Fall einer Entbindung von den Aufgaben des geschäftsleitenden Beamten eines Amtsgerichts bejaht worden, weil es sich dabei um eine durch

---

1 OVG Rhld-Pfalz, DVBl. 1954, S. 745
2 OVG Hamburg, DVBl. 1956, S. 417
3 OVG Lüneburg, DÖV 1957, S. 510
4 BverwGE 14, S. 84

ein erhöhtes Maß an Verantwortung gekennzeichnete Sonderstellung handelt, die mit besonderem dienstlichen Ansehen verbunden ist.[1]

Der Entzug der Lehrbefugnis für ein Fachgebiet bei einem Dozenten einer pädagogischen Akademie wird ebenfalls als anfechtbare Maßnahme angesehen, weil sie über die Beeinflussung der Amtsausübung hinaus in die persönliche Rechtsstellung des Betroffenen eingreift.[2]

Den Dozenten an den pädagogischen Akademien wird das Recht zugestanden, die Fächer zu lehren, die ihnen bei ihrer Einstellung zugewiesen worden sind.[3]

Der Hessische VGH[4] hat die Abberufung eines zum Mitglied des Juristischen Prüfungsamtes bestellten Prüfers von der weiteren Mitwirkung an der Prüfung als einen Eingriff in das Amt des Prüfers und damit in dessen persönliche Rechtsstellung angesehen. Eine Abberufung während des Prüfungsverfahrens gehe nämlich über die reine Einteilung des Prüfers in einen bestimmten Prüfungsausschuß hinaus.[5]

Auch die Einschränkung der röntgenologischen Betätigung eines Chefarztes, die mit Honorarverlusten bei Röntgenuntersuchungen an Privatpatienten verbunden ist, wird wegen der besonderen wissenschaftlichen Prägung der Chefarzttätigkeit als anfechtbarer Verwaltungsakt angesehen.[6]

In der Rechtsprechung wird zwar immer noch die Unterscheidung zwischen dem Amt im statusrechtlichen und im funktionellen Sinne hervorgehoben, die oben angeführten Entscheidungen beziehen sich jedoch im wesentlichen

---

1 BverwGE 14, S. 84
2 OVG Münster, ZBR 1957, S. 135
3 OVG Münster, a.a.O.
4 Urteil vom 21.2.1958, DÖV 1959, S. 274
5 DÖV 1959, S. 276
6 BverwG, ZBR 1967, S. 83

auf die Einschränkung des funktionellen Wirkungskreises des Beamten. Wird die Anfechtbarkeit einer derartigen Maßnahme bejaht, dann ist die genannte Unterscheidung zwischen Status und Funktion des Beamten hinsichtlich der Rechtsschutzgewährung von untergeordneter Bedeutung. Dies zeigen die nachfolgenden beiden Fälle aus der Rechtsprechung.

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil vom 7.3.1968[1] die Anfechtungsklage gegen die Entziehung der Leitung einer Landesanstalt für zulässig erachtet. Die Entziehung von Leitungsfunktionen sei nämlich nicht nur eine geschäftsverteilende Zuweisung neuer Dienstgeschäfte, sondern berühre den Beamten auch in seinem subjektiven Rechtsstand.

Der Hessische VGH hat im Urteil vom 20.10.1970[2] die Ablösung von der Funktion des Kreisarztes zwar nicht ausdrücklich als anfechtbaren Verwaltungsakt bezeichnet, das Gericht geht jedoch stillschweigend von der Zulässigkeit der Anfechtungsklage aus, wenn es ausführt, die angefochtene Umsetzung könne nur auf Ermessensfehler hin überprüft werden.

Die Ablösung von den Leitungsfunktionen "Kreisarzt" oder "Leiter einer Landesanstalt" ist eine personenbezogene Maßnahme, die unmittelbar in rechtlich geschützte Positionen des Beamten eingreift. Mit der Leitungsfunktion sind ein höheres Maß an Verantwortung und Ansehen verbunden, der mit ihr betraute Beamte schafft sich mit dieser Position eine günstige Ausgangsbasis für seinen weiteren Aufstieg in der Verwaltung. Er hat einen Anspruch darauf, daß der Dienstherr bei der Entbindung von der Leitungsfunktion das ihm eingeräumte Ermes-

---

1 ZBR 1968, S. 218
2 ZBR 1971, S. 242

sen fehlerfrei ausübt. Wird der Beamte willkürlich von seiner Leitungsfunktion abberufen, dann liegt darin eine Verletzung seiner Rechte.

Leitungsfunktionen gibt es in verschiedenen Ebenen; die Leitung einer Landesanstalt darf rechtlich nicht von der Leitung einer Abteilung in einer Dienststelle unterschieden werden. Eine Privilegierung der höheren Beamten ist insoweit nicht gerechtfertigt, denn sie besteht im Hinblick auf den Rechtsschutz in anderen Bereichen auch nicht. Die Versetzung eines Regierungsdirektors hat die gleichen Rechtswirkungen wie die Versetzung eines Amtmannes. Den Entscheidungen des Hessischen VGH[1] und des OVG Hamburg,[2] mit denen die Ablösung des Leiters eines Musikkorps und die Entbindung von der Leitung der Lokomotivabteilung in einem Ausbesserungswerk als unanfechtbare Organisationsmaßnahmen qualifiziert werden, kann deshalb nicht zugestimmt werden. Diese Funktionen sind auf einer anderen, rechtlich jedoch gleichwertigen Ebene ebenso mit dienstlichem Ansehen und erhöhter Verantwortung verbunden; sie bieten darüber hinaus konkrete Aufstiegsmöglichkeiten, die beeinträchtigt werden, wenn der Betroffene seine Leitungsfunktion verliert.

Die Überprüfung der Rechtsprechung zur Frage der Anfechtbarkeit innerdienstlicher Maßnahmen läßt die Tendenz erkennen, auch gegen die von Ule so bezeichneten "Betriebsakte" Rechtsschutz zu gewähren.

Von besonderer Bedeutung ist, daß die Unterscheidung zwischen Amt im statusrechtlichen und funktionellen Sinne im Ergebnis bei der Prüfung der Anfechtbarkeit innerdienstlicher Maßnahmen keinen rechtlichen Maßstab

---

1 DÖV 1957, S. 372
2 DVBl. 1956, S. 417

mehr bildet. Dies ist ein weiteres Argument dafür, daß an den bisherigen Abgrenzungskriterien zur Frage des Rechtsschutzes gegen Akte im Beamtenverhältnis nicht festgehalten werden sollte, sondern lediglich der Bereich der eindeutig abgrenzbaren Vorbereitungsakte und der reinen Verwaltungsorganisationsmaßnahmen ohne jeden personalen Bezug vom Verwaltungsrechtsschutz ausgenommen werden kann.

Für dieses Ergebnis spricht nämlich auch, daß die Rechtsprechung[1] schon in der Vergangenheit dem Beamten gegen innerdienstliche Maßnahmen dann Rechtsschutz gewährt hat, wenn diese Maßnahmen willkürlich getroffen worden sind oder unzumutbare Anordnungen vorlagen. Dies ist dann angenommen worden, wenn dem Beamten weder seiner Ausbildung noch der Bedeutung der ihm übertragenen Planstelle angemessene Dienstgeschäfte zugewiesen werden. Eine derartige Beeinträchtigung seiner sozialen Stellung brauche der Beamte nicht hinzunehmen.[2]

In der Literatur[3] wird darüber hinaus die Anfechtbarkeit von einfachen Dienstbefehlen bejaht, wenn mit diesen vom Beamten Unzumutbares verlangt wird, wie z. B. die Anordnung an einen Oberregierungsrat, das Dienstauto persönlich in Ordnung zu bringen oder dem Behördenchef ein Glas Bier aus der gegenüberliegenden Gaststätte zu holen.[4]

Wird die Justiziabilität von Willkürmaßnahmen anerkannt, dann ist die Begründung, eine "Flut von Betriebsklagen werde den Gang der Verwaltung lähmen,"[5] zur Einschränkung des Rechtsschutzes gegen innerdienstliche Maßnahmen nicht mehr haltbar.

---

1 OVG Münster, Verw.Rspr. Bd. 9, S. 443 (446); OVG Hamburg, DVBl. 1956, S. 417 (419); VGH Württ.-Hohenzollern, JZ 1953, S. 87
2 Jellinek, DVBl. 1952, S. 707
3 Jellinek, a.a.O.; Kellner, DÖV 1963, S. 422; Selmer, DÖV 1968, S. 349
4 zu den Beispielen vgl. Kellner, a.a.O.; Selmer, a.a.O.
5 BverwGE 14, S. 34; Ule, Gerichtlicher Rechtsschutz, S. 28; Fischbach, Neugestaltung, DÖV 1951, S. 457

Eine innerdienstliche Maßnahme greift auch dann in die Rechte des von ihr betroffenen Beamten ein, wenn sie nur ein geringes Maß an Rechtswidrigkeit aufweist. Das Abstellen auf graduelle Unterschiede bei der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme der Verwaltung ist mit Obermayer[1] deshalb abzulehnen, weil die rechtliche Qualität eines Aktes auch bei einem geringeren Maß an Rechtswidrigkeit die gleiche bleibt.

Inwieweit aus den genannten Gründen folgt, daß der Begriff des Verwaltungsaktes auch alle verwaltungsinternen Weisungen und innerdienstliche Rechtsakte umfaßt, soll im Anschluß an die Untersuchung der Rechtslage im französischen Recht bei der rechtsvergleichenden Würdigung abschließend beantwortet werden.

Zuvor sind jedoch die Kriterien der Rechtskontrolle innerdienstlicher Maßnahmen zu untersuchen.

Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit innerdienstlicher Maßnahmen ist zu berücksichtigen, daß diese dem Ermessensbereich des Dienstherrn angehören. Hinsichtlich der gesetzlich nicht geregelten verwaltungsinternen Maßnahmen hat der Beamte lediglich einen Anspruch auf fehlerfreie Handhabung des Ermessens. Die Verwaltungsgerichte prüfen demnach, ob der Dienstvorgesetzte innerhalb der ihm von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen des Ermessens gehandelt hat.[2]

Ermessensfehler sind z. B. dann gegeben, wenn der Beamte gegen seinen Willen für Aufgaben verwendet wird, die weder seiner Ausbildung noch seiner Laufbahn entsprechen.[3] Das Ermessen des Dienstvorgesetzten wird im übrigen dann eingeschränkt, wenn dem Beamten die Übertragung einer

---

1 Verwaltungsakt, S. 164
2 BverwGE 14, S. 84 (87); BverwG, ZBR 1968, S. 218 (219)
3 OVG Münster, ZBR 1958, S. 309 (310)

konkreten Aufgabe zugesichert worden ist oder wenn Inhalt der Einstellungszusage eine bestimmte Funktion war.[1] Ein solcher Fall ist z. B. die Bewerbung eines Beamten um die Stelle des Leiters eines Baugenehmigungsamtes. Aber selbst für diesen Fall wird die Abberufung von der Leitungsfunktion als ermessensfehlerfrei angesehen, wenn wirklich schwerwiegende Gründe des öffentlichen Interesses eine derartige Abberufung erforderlich machen. Die Verurteilung durch ein Disziplinargericht wegen schwerer dienstlicher Verfehlungen ist ein derartiger schwerwiegender Grund.

Wird jedoch lediglich eine bestimmte Funktion übertragen, wie z. B. die Funktion eines Amtsarztes, dann liegt darin keine für die Dauer verbindliche Zusicherung mit der Folge, daß der Dienstherr nur dann zur Änderung der Aufgabenzuweisung befugt wäre, wenn schwerwiegende Gründe des öffentlichen Interesses dies erforderlich machten.

Der Ausübung des Ermessens durch den Dienstherrn sind im übrigen sehr weite Grenzen gesetzt, wenn die in Frage stehende dienstliche Aufgabe dem Beamten von vornherein nur vorübergehend übertragen worden ist.[2]

Sind sachliche Gründe, wie z. B. fehlende Eignung oder Auseinandersetzungen zwischen einem Ministerium und dem Beamten für die Abberufung von Leitungsfunktionen vorhanden, dann kann kein Ermessensfehler des Dienstherrn angenommen werden.[3]

Eine solche abgestufte Prüfung des Vorliegens von Ermessensfehlern wird der umfassenden Rechtsschutzgarantie

---

1 OVG Münster, ZBR 1958, S. 309 (310)
2 BverwG, ZBR 1968, S. 218 (219)
3 BverwG, a.a.O., S. 219

des Art. 19 Abs. 4 GG eher gerecht als die Beibehaltung der Rechtsschutzbeschränkung durch Unterscheidungen wie "Grund- und Betriebsverhältnis" oder ähnliche Differenzierungen.

Im folgenden soll untersucht werden, welche Anhaltspunkte sich aus der Betrachtung des Rechtsschutzes des französischen Beamten gegen innerdienstliche Anordnungen im Vergleich zum deutschen Recht ergeben.

VIII. Innerdienstliche Anordnung im französischen Recht

Bei den bisher erörterten laufbahnrechtlichen Maßnahmen waren die Rechtsschutzprobleme überwiegend im Rahmen der Begründetheit der Anfechtungsklage zu lösen.

Bei den innerdienstlichen Maßnahmen ist dagegen zunächst einmal offen, inwieweit diese sich von vornherein der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entziehen.

Für die Beurteilung des Rechtsschutzes des Beamten gegen die "mesures d'ordre intérieur" sind zwei unterschiedliche Formen der dienstrechtlichen Befugnis wesentlich:
Erstens: Die Hierarchie innerhalb der Verwaltungsorganisation setzt ein Direktionsrecht ("pouvoir de direction") des Vorgesetzten gegenüber den nachgeordneten Beamten voraus. Der Dienstvorgesetzte kann im Einzelfall dem Beamten Weisungen erteilen und die dienstliche Verwendung des Beamten bestimmen.[1]
Zweitens: Organisation und Funktionsfähigkeit der Verwaltung erfordern eine allgemeine Regelungsbefugnis, die den Dienstvorgesetzten ermächtigt, generelle, die Organisation des Dienstes betreffende Maßnahmen, zu ergreifen.[2]

Im folgenden soll zunächst der Rechtsschutz des Beamten gegen die Veränderung seiner dienstlichen Verwendung untersucht werden. Die Versetzung ("mutation") steht gleichsam in der Mitte zwischen den "mesures d'ordre intérieur" und den bisher behandelten statusrechtlichen Akten. Die Versetzung soll deshalb bei der Darstellung der innerdienstlichen Maßnahmen vorangestellt werden. Im Anschluß daran wird im einzelnen auf die vielfältigen Anordnungen im Internbereich der Verwaltung eingegangen.

---

1 Rivero, mesures d'ordre intérieur, S. 131; Vincent, S. 193
2 Vincent, S. 194

1. Versetzung ("mutation")

Art. 48 und 49 des Beamtenstatuts von 1959 regeln im einzelnen die Zuständigkeit für die Versetzung und das einzuhaltende Verfahren. Vor dem Erlaß einer Versetzungsverfügung ist die Konsultation der "commission administrative paritaire" im Art. 48 vorgeschrieben. Dieser Grundsatz ist durch zahlreiche Urteile des Conseil d'Etat bestätigt worden.[1]

Die für die Versetzung zuständige Behörde kann den von den betroffenen Beamten geäußerten Wünschen und deren persönlicher Situation insoweit Rechnung tragen, als dies mit den dienstlichen Interessen vereinbar ist (Art. 48). Das inzwischen durch Art. 17 des Gesetzes vom 4.6.1970[2] modifizierte Gesetz vom 30.12.1921 ("loi Roustan") über die Zusammenführung verheirateter Beamter erleichtert im übrigen die Anstellung Verheirateter an einem Wohnort.[3]

Die französische Verwaltungsrechtslehre versteht unter Versetzung i.w.S. eine Änderung der dienstlichen Verwendung des Beamten.[4] Der Wechsel der Tätigkeit des Beamten ist immer dann eine Versetzung, wenn damit ein Wohnsitzwechsel verbunden ist.[5] Dagegen ist die Zuweisung eines neuen Aufgabenbereichs ohne Wohnsitzwechsel nicht in jedem Fall eine Versetzung. Der Conseil d'Etat sieht die Anordnung an einen Beamten zur Übernahme einer neuen Tätigkeit dann als "mesure d'ordre intérieur" an, wenn mit dieser Anordnung nicht in die von den Beamtengesetzen geschützte Rechtsstellung des Beamten eingegriffen wird; von einer Versetzung kann danach bei der

---

1 C.E. 27-4-1956, Egazé, Rec. 172; C.E. 5-22-2954, Dame Lefeur, Rec. 575; C.E. 22-3-1961, Enard, Rec. 202
2 J.O. 5.6.1970, S. 5230; im einzelnen vgl.: Piquemal, S. 235 u. 236
3 vgl. hierzu: C.E. 11-3-1970, Ministre de l'éducation nationale c./ Dame Pelier, A.J.D.A. 1971, S. 49, observations Silvera
4 Plantey I, S. 417; Silvera, fonction publique, S. 379; Juret, Rev.adm. 1962, S. 147
5 Conclusions Fournier zu C.E. 17-6-1966, Malavialle, R.D.P. 1966, S. 972 (975); Corail, A.J.D.A. 1967, S. 21; Juret, a.a.O.

Zuweisung eines mit der seitherigen Tätigkeit gleichwertigen Aufgabenbereichs am gleichen Ort nicht die Rede sein.[1]

Der Minister kann demzufolge aufgrund seiner Befugnis, die Verwendung der Beamten im Interesse des Dienstes zu bestimmen, in seinem Ministerium einen Beamten von der Leitung einer Abteilung entbinden und ihn mit der Leitung einer anderen Abteilung betrauen, ohne dabei eine Versetzung auszusprechen.[2]

Mit derartigen Anordnungen wird lediglich eine andere Aufgabenverteilung im Internbereich der Verwaltung vorgenommen; die in den Art. 48 und 49 des Statuts von 1959 enthaltenen Garantien sind in diesem Fall nicht gewährleistet. Dies wird damit begründet, daß die Dienstgewalt die Befugnis zur Änderung der Verwendung des Beamten umfassen müsse und eine effektive Aufgabenverteilung immer im Interesse des Dienstes liege.

Andererseits sind dem Beamten die Rechtsschutzgarantien des Art. 48 nur deshalb eingeräumt, um ihn vor den nachteiligen Folgen einer Versetzung zu schützen.[3]

Einen Nachteil hat der Beamte immer dann, wenn die Versetzung mit einer Wohnsitzverlegung verbunden ist. Handelt es sich dagegen nur um einen Wechsel der Tätigkeit ohne Wohnortänderung und ohne Verminderung der Bezüge, dann läßt sich ein Nachteil kaum nachweisen. Das Fehlen eines solchen Nachteils darf jedoch nicht immer unterstellt werden, da insbesondere in den Großstädten die Vergrößerung der Verwaltungsbehörden zur Folge hat, daß Dienststellen in weit voneinander entfernt liegenden

---

1 C.E. 25-1-1928, Lannelongue, Rec. 112
2 C.E. 23-11-1951, Hartmann, Rec. 548; C.E. 5-11-1954, Dame Lefeur, Rec. 575
3 Juret, Rev.adm. 1962, S. 148

Außenbezirken eingerichtet werden und deshalb mit einer "Versetzung" in einen anderen Bezirk für den Beamten höhere Fahrtkosten und ein größerer Zeitaufwand verbunden sind. Über diese sich in Zukunft mehrenden Fälle gibt es bisher noch keine Entscheidungen des Conseil d'Etat. In diesen Fällen wird nach den Grundsätzen der Behandlung der "mesures d'ordre intérieur" davon auszugehen sein, daß die "Versetzung" in einen anderen Außenbezirk eine "décision faisant grief" darstellt, die mit der Anfechtungsklage im Falle ihrer Rechtswidrigkeit aufgehoben werden kann.[1]

Neben der Versetzung aus dienstlichen Gründen gibt es im französischen Beamtenrecht die Versetzung im Wege einer Disziplinarstrafe ("déplacement d'office"), die zur Ahndung von Dienstvergehen ausgesprochen wird.[2]

Die Abgrenzung zwischen der "Strafversetzung" und der Versetzung aus dienstlichen Gründen ist im Einzelfall schwierig. Aus den Umständen der Versetzungsentscheidung kann es sich nämlich ergeben, daß die aus dienstlichen Gründen ausgesprochene Versetzung in Wirklichkeit eine verschleierte Disziplinarstrafe ist.[3] In einem solchen Fall hebt der Conseil d'Etat die Versetzungsverfügung wegen der Nichteinhaltung der disziplinarrechtlichen Garantien auf.[4]

Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, daß die Versetzung keine Disziplinarstrafe ist, sondern im Interesse des Dienstes angeordnet wird, sei es um eine freie Stelle neu zu besetzen, die Arbeitsverteilung innerhalb des Dienstes effektiver zu gestalten[5] oder um bestehende

---

1 vgl. Gandolfi, Rev.adm. 1966, S. 247 (249)
2 Silvera, fonction publique, S. 379; Plantey I, S. 428; Juret, Rev.adm. 1962, S. 150, 151; Corail, A.J.D.A. 1967, S. 21
3 Plantey I, S. 428; Juret, a.a.O., S. 147
4 C.E. 13-7-1961, Sebaoun, Rec. 514
5 C.E. 27-11-1954, Chauvin, Rec. 561

schwerwiegende Meinungsverschiedenheiten zwischen einem Beamten und seinem Vorgesetzten zu beenden.[1]

Der Conseil d'Etat würdigt bei der Abgrenzung zwischen "déplacement d'office" und "mutation" die tatsächlichen Umstände des Einzelfalles. Die Versetzung ist eine Disziplinarmaßnahme, wenn sie mit dem Verlust eines beträchtlichen Teils der dienstlichen Befugnisse verknüpft ist[2] oder eine Verminderung der Bezüge zur Folge hat.[3]

Die Abgrenzung zwischen der Versetzung aus dienstlichen Gründen und der Strafversetzung ist von besonderer Bedeutung für die Gewährung von Einsicht in die Personalakten ("communication du dossier"), da nach dem Inkrafttreten der Beamtengesetze von 1946 und 1959 die Akteneinsicht grundsätzlich nur bei der Strafversetzung verlangt werden kann, während für die Versetzung aus dienstlichen Gründen im Gegensatz zum früheren Recht[4] die im Art. 48 des Statuts von 1959 normierten Garantien als ausreichend angesehen werden.[5]

Für die Beamten, die einem Sonderstatut unterliegen, das die Einrichtung der "commission administrative paritaire" nicht vorsieht, bleibt Art. 65 des Gesetzes vom 12.4.1905 mit der Folge anwendbar, daß den Beamten insoweit vor jeder Versetzung Einsicht in die Personalakte gewährt werden muß.[6]

Der Rechtsschutz des Beamten bei der Versetzung hängt also wesentlich davon ab, ob es sich um eine Versetzung aus dienstlichen Gründen, eine Strafversetzung oder um

---

1 C.E. 28-7-1951, Chary, Rec. 459
2 C.E. 14-4-1948, Marie-Marcel Grenouilleau, Rec. 158
3 C.E. 23-11-1923, Benoit, Rec. 758; C.E. 14-3-1956, Dame Baudot, Rec.684
4 Art. 65 des Gesetzes vom 22.4.1905
5 Plantey I, S. 427; C.E. 28-1-1955, Arnaud, Rec. 52
6 Juret, Rev.adm. 1962, S. 148; Silvera, fonction publique, S. 380

eine einfache Änderung der Verwendung handelt. Die Abgrenzung zwischen der letzteren, die als unanfechtbare "mesure d'ordre intérieur" angesehen wird und der Versetzung aus dienstlichen Gründen ist problematisch. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, daß der Conseil d'Etat in den Entscheidungen Hartmann[1] und Dame Lefeur[2] die Anfechtungsklage zugelassen hat, ohne daß die Versetzung einen Wohnsitzwechsel beinhaltete oder einen sonstigen Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Beamten enthielt. In Fällen dieser Art wird zwar die Klage zumeist als unbegründet zurückgewiesen, es wird jedoch nunmehr anerkannt, daß die Entscheidung über die Verwendung des Beamten mit dem "recours pour excès de pouvoir" angefochten werden kann, ohne daß mit dem Argument, es liege eine innerdienstliche Maßnahme vor, von vornherein die Zulässigkeit der Klage verneint werden kann. Daraus folgt, daß auch die einfache Änderung der Verwendung des Beamten daraufhin überprüft werden kann, ob die zuständige Behörde mit ihr einen sachlich falschen Zweck verfolgt hat ("détournement de pouvoir") oder eine verschleierte Strafversetzung vorliegt.[3]

Die Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen eine aus dienstlichen Gründen ausgesprochene Versetzung wird ebenfalls bejaht.

Die Zweckmäßigkeit dieser Versetzung unterliegt jedoch nicht der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Dem Dienstherrn wird nämlich insoweit ein Ermessen eingeräumt. Eine Nachprüfung erfolgt dagegen, sofern sich der betroffene Beamte darauf stützt, außerdienstliche

---

1 C.E. 23-11-1951, Rec. 548
2 C.E. 5-11-1954, Rec. 575
3 Vincent, S. 205; C.E. 13-7-1961, Dlle Sebaoun, Rec. 514

Motive hätten die Versetzung beeinflußt und wenn hierfür begründete Vermutungen sprechen.[1] Widerspricht die Behörde diesen Vermutungen des Beamten nicht, dann werden diese als zutreffend angesehen.[2]

Ebenso wie bei der einfachen Änderung der Verwendung prüft das Verwaltungsgericht auch bei der "mutation", ob diese nicht in Wahrheit eine Disziplinarstrafe darstellt.[3] In diesem Fall wird die Versetzung aufgehoben, weil sie unter Mißachtung der disziplinarrechtlichen Garantien vorgenommen worden ist.[4]

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß dem französischen Beamten gegen rechtswidrige Versetzungen grundsätzlich Rechtsschutz gewährt wird, und zwar auch gegen die einfache Änderung der Verwendung. Dies deutet darauf hin, daß der Bereich der "mesures d'ordre intérieur" weiter zurückgedrängt wird und die Qualifikation eines Aktes als innerdienstliche Maßnahme insoweit kein sicheres Kriterium mehr für dessen verwaltungsgerichtliche Unanfechtbarkeit darstellt.

2. Sonstige innerdienstliche Maßnahmen

Die Einordnung der innerdienstlichen Maßnahmen in einen Katalog von Einzelmaßnahmen ist schwierig.

Rivero[5] hat noch im Jahre 1934 in seiner grundlegenden Untersuchung zu den "mesures d'ordre intérieur" als besonders charakteristische Beispiele die folgenden herausgearbeitet: die Entlassung wegen Verminderung von Planstellen ("licenciement par suppression d'emplois"), die Versetzung im dienstlichen Interesse ("mutation d'office") und die Suspendierung ("suspension"). Diese beinhaltet

---

1 Silvera, fonction publique, S. 379
2 C.E. 22-3-1961, Enard, Rec. 202
3 Carcelle und Mas, Rev.adm. 1969, S. 167 (172)
4 Silvera, a.a.O., S. 380
5 Mesures d'ordre intérieur, 1934, S. 149

wie im deutschen Recht eine vorläufige Dienstenthebung.

Die Voraussetzungen der Entlassung wegen Verminderung von Planstellen sind nunmehr durch Art. 51 des Statuts von 1959 festgelegt. In diesem Fall der Einstellung ständiger Tätigkeiten, die von Beamten ausgeübt werden, können die Beamten nur aufgrund eines Gesetzes entlassen werden, das die Bedingungen der rechtzeitigen Kündigung und der Entschädigung der Betroffenen vorsieht.[1] Von einer "mesure d'ordre intérieur" kann nach dieser eindeutigen gesetzlichen Regelung nicht mehr die Rede sein.[2]

Bei der Versetzung hat sich herausgestellt, daß lediglich die einfache Änderung der Verwendung ohne Wohnsitzwechsel oder sonstige Änderung der Lebensbedingungen des Beamten als "mesure d'ordre intérieur" eingestuft wird, gegen die jedoch ebenfalls die Anfechtungsklage zugelassen wird.

Die Suspendierung vom Dienst ist zwar selbst keine Disziplinarmaßnahme,[3] sie hat jedoch so schwerwiegende Nachteile wie den Verlust eines Teiles des Gehaltes oder bestimmter Zulagen zur Folge[4] und beinhaltet deshalb einen Eingriff in die statusrechtliche Stellung des Beamten. Die Anfechtungsklage gegen die Suspendierung ist insbesondere dann zulässig, wenn diese mit einer Gehaltskürzung verbunden ist.[5] Die Suspendierung ist daher nicht mehr als "mesure d'ordre intérieur" anzusehen.

Die Überprüfung der von Rivero genannten Beispiele der

---

1 vgl. Art. 134 des Statuts von 1946, Art. 51 des Statuts von 1959
2 Braibant, note zu C.E. 1-10-1954, Guille, D.1955.J.432
3 C.E. 13-7-1966, Fédération de l'Education Nationale, Rec. 497
4 Cocâtre-Zilgien, R.I.S.A. 1958, S. 487 (488)
5 Plantey II, S. 952; C.E. 12-12-1952, Rec. 574

innerdienstlichen Maßnahmen hat also gezeigt, daß der Bereich dieser Akte im Internbereich der Verwaltung nach heutiger Auffassung in Rechtsprechung und Lehre in Frankreich stark zurückgedrängt worden ist.

Im folgenden sollen zunächst die sog. Hilfsakte ("actes auxiliaires") erörtert werden.

a) Hilfsakte ("actes auxiliaires")

Zu den "mesures d'ordre intérieur" gehören nicht die tatsächlichen Verrichtungen wie z. B. das Schreiben einer Verfügung durch eine Schreibkraft oder die Weitergabe einer Akte.[1] Diese tatsächlichen Handlungen werden in die Kategorie der "actes auxiliaires"[2] eingestuft, die selbst keine Rechtswirkungen hervorrufen. Berichte, Briefe oder Willensäußerungen, in denen sich das Verwaltungshandeln manifestiert, sind verwaltungsgerichtlich nicht nachprüfbar.[3]

Nach der Rechtsprechung des Conseil d'Etat rechnet hierzu auch, wenn ein Dienstvorgesetzter seinem nachgeordneten Beamten zu verstehen gibt, er habe eine Entscheidung mit einem bestimmten Inhalt zu treffen. Darin wird lediglich eine Meinungsäußerung gesehen, die für sich allein keine "décision faisant grief" darstellt.[4]

b) Weitere (individuelle) innerdienstliche Maßnahmen gegenüber Beamten

Neben den bereits erörterten Maßnahmen im Internbereich der Verwaltung gibt es eine Reihe von Beispielen aus der Rechtsprechung, die sich fast ausschließlich auf Maßnahmen der militärischen Vorgesetzten[5] beziehen oder das

---

1 C.E. 31-5-1938, Sieur Olive, Rec. 495
2 vgl.: Charlier, J.C.P. 1954, I.1169, Nr. 9-23; Auby-Drago, contentieux II, S. 461; Odent, contentieux, S. 660
3 C.E. 4-2-1944, Lemoine, Rec. 47; C.E. 2-6-1944, Société Forges d'Ars, Rec. 161
4 C.E. 5-2-1954, Syndicat des ophtalmologistes des hopitaux de Paris, Rec. 82; C.E. 21-6-1946, Dufour, Rec. 173
5 Rivero, mesures d'ordre intérieur, S. 151; Charlier, J.C.P. 1954, I.1169, Nr. 29

Schulverhältnis betreffen. Typisch hierfür sind zwei Entscheidungen des Conseil d'Etat, deren Tatbestand sich von bestimmten dienstrechtlichen Tatbeständen kaum unterscheidet.[1]

Im Fall Lote[2] hatte der Direktor eines Gymnasiums in Aix-en-Provence seinen Schülern verboten, innerhalb der Schule bestimmte Abzeichen mit den Nationalfarben zu tragen. Der Conseil d'Etat hat die gegen dieses Verbot gerichtete Anfechtungsklage als unzulässig zurückgewiesen, da der Direktor der Schule sich darauf beschränkt habe, eine innerdienstliche Maßnahme mit dem Ziel der Aufrechterhaltung der Disziplin zu treffen.

Mit der gleichen Begründung wies der Conseil d'Etat im Fall Chapou[3] die Anfechtungsklage gegen ein Verbot zurück, mit dem Schülerinnen das Tragen von Skihosen untersagt worden war.

Auch die Entscheidung des "directeur des constructions navales d'un port" mit der dieser eine Disziplinarmaßnahme eines Beamten durch einen Ingenieur aufhob, ist als Organisationsakt angesehen worden, der sich auf die statusrechtliche Stellung des Beamten nicht auswirkt.[4]

Der Conseil d'Etat hat darüber hinaus die Anfechtungsklage für unzulässig erklärt, die sich gegen die Ablehnung eines Urlaubsgesuchs richtete.[5]

Das Gleiche gilt für die ernsthafte Ermahnung eines Beamten; diese wird als unanfechtbare innerdienstliche Maßnahme qualifiziert.[6]

---

1 Bourdoncle, obligation de réserve, D.1960, chron. S. 237
2 C.E. 21-10-1938, Rec. 786
3 C.E. 20-10-1954, Rec. 541
4 C.E. 8-5-1942, Andrade, Sirey 1943.3.5, note J.D.V.
5 C.E. 18-10-1918, Voltine, Rec. 908
6 C.E. 13-5-1947, Bonnin, Rec. 196

Andererseits hat der Conseil d'Etat im Gegensatz zum Fall Lacroix[1], in dem die Einteilung der Unterrichtsstunden als "simple mesure d'ordre intérieur" eingestuft worden ist, die Anfechtungsklage gegen die Anordnung bestimmter Tätigkeiten wie den Verkauf von Medikamenten während des Bereitschaftsdienstes der Pharmaziepraktikanten zugelassen.[2]

Es gibt eine Anzahl ähnlicher Entscheidungen des Conseil d'Etat, in denen das Gericht die Anfechtungsklage auch gegen solche Maßnahmen zugelassen hat, die nach der bisherigen Auffassung zu den Organisationsmaßnahmen gerechnet worden sind, z. B. die Änderung der Verwendung eines Beamten[3] oder im Schulrecht die Ablehnung der zweimaligen Wiederholung einer Klasse.[4]

c) Weitere innerdienstliche Anordnungen genereller Natur

Im französischen Recht kann im Gegensatz zum deutschen Recht die Anfechtungsklage auch gegen allgemeine Regelungen gerichtet werden.[5]

Im folgenden wird daher der Rechtsschutz des Beamten gegen innerdienstliche Anordnungen genereller Natur erörtert.

Es gibt allgemeine Regelungen, gegen die der "recours pour excès de pouvoir" nicht zulässig ist, weil der Beamte durch diese nicht rechtlich beschwert wird, die Sachurteilsvoraussetzung des "acte faisant grief" also fehlt. Hierzu gehören die "circulaires" (Runderlasse), die lediglich eine einfache Information enthalten.[6] mit denen der Minister seinen nachgeordneten Beamten eine

---

1 C.E. 8-7-1921, Rec. 690
2 C.E. 4-4-1952, Periassany, Rec. 205
3 C.E. 13-2-1914, Chevalier, Rec. 203
4 C.E. 6-7-1949, Andrade, Rec. 331
5 s. oben, S. 40
6 Auby-Drago, contentieux II, S. 481

zuvor getroffene Entscheidung bekanntgibt oder kommentiert[1] sowie Schreiben, durch die er einem Präfekten die Gründe für die Unzweckmäßigkeit einer bestimmten Gebührenerhöhung darlegt.[2]

Zu den Runderlassen, die den Beamten gegenüber keine Beschwer enthalten, gehören nach der Rechtsprechung des Conseil d'Etat im übrigen die zur Auslegung und Präzisierung gesetzlicher Vorschriften getroffenen Regelungen[3] sowie diejenigen "circulaires", mit denen die Beamten aufgefordert werden, der Verwaltung bestimmte Mitteilungen zu machen oder Hinweise zu geben,[4] wie das Rundschreiben eines Ministers mit der Anweisung, den Präfekten eine Liste streikender Beamter zusammenzustellen.[5]

Gegenüber diesen "auslegenden" Runderlassen sind die anordnenden Runderlasse geeignet, in die Rechtsstellung des Beamten einzugreifen.

Zu diesen "circulaires réglementaires" gehören diejenigen, mit denen die Minister die Durchführung von Streiks an bestimmte Bedingungen knüpfen[6] sowie solche, die eine Anordnung an Gymnasiallehrer enthalten, in den Pausen die Aufsicht über die Schüler zu übernehmen[7] oder auch Runderlasse eines Ministers mit der Anweisung, ein Gesetz teilweise nicht anzuwenden.[8]

---

1 C.E. 11-4-1951, Fédération nationale des fabricants français de vêtements masculins, Rec. 184
2 C.E. 6-4-1951, Syndicat des marchands ambulants d'Eure-et-Loir, Rec.17
3 C.E. 16-12-1955, Fédération nationale des syndicats de police de France et d'Outre-Mer, Rec. 596; C.E. 25-3-1960, Confédération générale des architects français, Rec. 233
4 Auby-Drago, contentieux II, S. 482; C.E. 18-3-1959, Sarfati, Rec.187; C.E. 23-11-1959, Fédération hospitalière de France, Rec. 628
5 C.E. 28-11-1958, Lepouse, Rec. 596, D.1959.J.263, note Quermonne
6 C.E. 14-3-1956, Hublin, Rec. 117; C.E. 28-11-1958, Lepouse, a.a.O.
7 C.E. 22-7-1910, Fédel et autres, Rec. 620
8 C.E. 4-2-1949, Union des véhicules de transport privé, Rec. 59; C.E. 3-5-1957, Dame Costentin, Rec. 275; C.E. 11-7-1960, Consorts Garriguenc, Rec. 467

Auch bei den innerdienstlichen Anordnungen genereller Natur wird demnach unterschieden zwischen Maßnahmen rein technischer und vorbereitender Natur und solchen, die als personenbezogene Regelungen in die Rechtsstellung des Beamten eingreifen.

Die Abgrenzung bleibt im Einzelfall schwierig, wobei jedoch auch im französischen Recht eine Tendenz in der Rechtsprechung für die Ausdehnung der personenbezogenen Regelungen spricht.

Die aufgrund dieser Abgrenzungsprobleme bestehende Rechtsunsicherheit hat in der französischen Verwaltungsrechtslehre Anlaß zur Kritik gegeben.[1] Der Begriff "mesure d'ordre intérieur" wird als Bezeichnung angesehen, mit der alles oder nichts gesagt werde; die Grenze der inneren Ordnung sei fließend[2] und die Einordnung bestimmter Maßnahmen in die Kategorie der "mesures d'ordre intérieur" werde nur als Vorwand benutzt, um deren Anfechtbarkeit zu verneinen. Ihre Unanfechtbarkeit werde in Wahrheit von der Rechtsprechung nur deshalb garantiert, damit die traditionelle Befehlsgewalt der Dienstvorgesetzten nicht eingeschränkt werde.[3] So sei z. B. die Entscheidung Lacroix,[4] mit der die Klage eines Lehrers gegen die Kürzung des Griechischunterrichts um eine Stunde als unzulässig abgewiesen worden ist, deshalb angreifbar, weil die betreffende Maßnahme von einem Dienstvorgesetzten erlassen worden sei und auch Rechtswirkungen hinsichtlich der Unterrichtsgestaltung entfaltet habe. Der betroffene Beamte werde nämlich verpflichtet, sich in bestimmter Weise zu verhalten, in der Anordnung liege ein Eingriffsakt, weil der betroffene Lehrer für den Fall des Verstoßes gegen die Regelung mit Sanktionen rechnen müsse.[5]

---

1 Fournier-Braibant, Nr. 111; Cocâtre-Zilgien, R.I.S.A. 1958, S. 487
2 Cocâtre-Zilgien, a.a.O.
3 Petot, R.D.P. 1965, S. 369 (385)
4 C.E. 8-7-1921, Rec. 690
5 Cocâtre-Zilgien, a.a.O., S. 496

Es wird darüber hinaus geltend gemacht, daß die innerdienstlichen Maßnahmen, mit denen unmittelbar das Verhalten der Beamten bestimmt werde, insbesondere auch deshalb anfechtbar sein müßten, weil der Begriff der Beschwer ("grief") in der Terminologie der Rechtsprechung sowohl den Eingriff in die Rechtsstellung des Beamten als auch in dessen Interesse beinhalten könne.[1] Im übrigen lasse sich die Rechtsprechung bei der Entscheidung der Frage der Anfechtbarkeit innerdienstlicher Anordnungen von Opportunitätserwägungen leiten und stehe unter dem Einfluß einer alten Tradition, die davon ausgehe, innerhalb der Verwaltung müsse eine strenge Disziplin herrschen.

Die unterschiedliche Rechtsprechung des Conseil d'Etat, die von manchen Autoren als "verwirrend unberechenbar" bezeichnet wird,[2] ist ein Indiz dafür, daß die hier im einzelnen erhobenen Einwände insgesamt betrachtet zu dem Ergebnis führen, eine innerdienstliche Anordnung nur insoweit als unanfechtbar anzusehen, als es sich um reine Vorbereitungs- oder Hilfsakte handelt. Dementsprechend wären personenbezogene Maßnahmen des Dienstherrn nach der hier vertretenen Auffassung als anfechtbare Verwaltungsakte zu qualifizieren. Dies insbesondere auch deshalb, weil die eigentliche Begründung der Lehre von den "mesures d'ordre intérieur", nämlich die Notwendigkeit einer dem dienstlichen Interesse nützenden Befehlsgewalt der Dienstvorgesetzten, tatsächlich angreifbar ist. Die Autorität der Vorgesetzten wird nämlich dann größer sein, wenn die Möglichkeit der Anfechtung innerdienstlicher Anordnungen nicht bereits an der Zulässigkeit einer Klage scheitert, sondern im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit der in Frage stehenden Anordnung sich herausstellt,

---

1 Cocâtre-Zilgien, R.I.S.A. 1958, S. 497
2 Petot, R.D.P. 1965, S. 385: "La jurisprudence est d'une souplesse assez déconcertante"

daß der Dienstvorgesetzte sein Ermessen nicht überschritten hat und eine sachgerechte Anweisung erteilt hat.[1]

Im folgenden soll untersucht werden, welche Anhaltspunkte bei einer rechtsvergleichenden Betrachtung für die hier vertretene Auffassung sprechen.

Rechtsvergleichendes Ergebnis

Im deutschen Recht hat sich gezeigt, daß die Tendenz besteht, Rechtsschutz auch gegen die sog. Betriebsakte zu gewähren.[2] Dabei ist von besonderer Bedeutung, daß für die Frage der Anfechtbarkeit von Anordnungen im Beamtenverhältnis die Unterscheidung zwischen dem Amt im statusrechtlichen und im funktionellen Sinn kein Abgrenzungskriterium mehr darstellt. Die Rechtsprechung hat nämlich erkannt, daß auch die Entziehung bestimmter Funktionen geeignet ist, mit unmittelbarer Wirkung in die Rechtsstellung des Beamten einzugreifen.[3]

Ähnliches gilt für die Rechtsprechung des Conseil d'Etat, die von der Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen die Änderung der dienstlichen Verwendung des Beamten ausgeht,[4] obwohl diese nach der herkömmlichen Begriffsbestimmung eine "mesure d'ordre intérieur" darstellte, die nicht der Anfechtung unterlag.

In beiden Rechtsordnungen wird der aufgrund der Entwicklung in der Rechtsprechung folgerichtige Schritt zur Anerkennung der Anfechtbarkeit aller innerdienstlichen Maßnahmen mit Ausnahme der reinen Vorbereitungs- und Hilfsakte[5] noch nicht vollzogen. Die im Rahmen der vor-

---

1 Charlier, J.C.P. 1954 I, Nr. 1169 (24, 25 und 26)
2 s. oben, S. 139 u. 140
3 s. oben, S. 138 f.
4 s. oben, S. 152
5 s. oben, S. 143 f. und 155

liegenden Untersuchung aufgezeigten Fallgestaltungen machen diesen Schritt jedoch notwendig. Es trägt nämlich nicht zur Rechtssicherheit bei, wenn die Anfechtbarkeit bestimmter innerdienstlicher Anordnungen bejaht wird, während bei anderen rechtlich gleichwertigen Maßnahmen von deren Unanfechtbarkeit ausgegangen wird.

Für das hier gefundene Ergebnis spricht auch, daß die Rechtsprechung bisher Rechtsschutz gegen solche innerdienstliche Anordnungen gewährt hat, die willkürlich getroffen worden sind oder Unzumutbares vom Beamten verlangen.[1] Es wird also bei einem höheren Grad an Rechtswidrigkeit ein "Umschlag" des sonst unanfechtbaren in einen angreifbaren Akt vorgenommen. Eine derartige Argumentation ist - wie bereits im einzelnen ausgeführt - deshalb nicht haltbar, weil die Qualität eines Aktes auch bei einem geringeren Maß an Rechtswidrigkeit die gleiche bleibt.[2]

Im deutschen Recht wird die hier vertretene Auffassung von einem weiter gefaßten Begriff des Verwaltungsaktes insbesondere auch durch Art. 19 Abs. 4 GG gestützt; diese grundlegende Norm bezweckt nämlich einen verfahrensmäßig lückenlosen Rechtsschutz. Sie ermöglicht darüber hinaus den materiellrechtlichen Rechtsschutz.[3] Das formelle Hauptgrundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG gewährt über die formale Rechtsweggarantie hinaus auch das Recht auf effektiven Rechtsschutz.[4]

Dieses Recht wird dem Beamten jedoch dann streitig gemacht, wenn von vornherein von der Unanfechtbarkeit aller innerdienstlicher Anordnungen ausgegangen wird.

---

1 s. oben, S. 143
2 s. oben, S. 144
3 s. oben, S. 27
4 s. oben, S. 133

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten: Die Unterscheidung zwischen "Grund- und Betriebsverhältnis" oder ähnliche Differenzierungen können nach den hier insbesondere auch durch eine rechtsvergleichende Betrachtung gewonnenen Erkenntnissen nicht aufrechterhalten werden.

Das Gleiche gilt für die im französischen Recht herrschende Lehre von der Unanfechtbarkeit bestimmter "mesures d'ordre intérieur".

Es sollte vielmehr in beiden Rechtsordnungen von der Anfechtbarkeit aller innerdienstlicher Anordnungen ausgegangen werden, soweit es sich nicht um reine Vorbereitungs- oder Hilfsakte handelt.

6. Teil: Einfluß der Grundrechte auf den Rechtsschutz des Beamten

I. Grundrechte und Beamtenverhältnis im deutschen Recht

Die Grundrechte gelten grundsätzlich auch im Beamtenverhältnis;[1] die Auffassung der h.M. in der Zeit der Weimarer Verfassung, wonach der Beamte sich der vorgesetzten Behörde gegenüber nicht auf Grundrechte berufen kann,[2] ist heute überwunden.

Art. 1 Abs. 3 GG bindet Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht.[3] Diese Grundrechtsbestimmung findet auch im Beamtenverhältnis Anwendung.

Der Beamte steht zwar unter dem Grundrechtsschutz, die Ausübung der Grundrechte unterliegt jedoch gewissen Einschränkungen, die nach h.M.[4] aus der verfassungsrechtlichen Anerkennung des Berufsbeamtentums als Institution (Art. 33 Abs. 4 und 5 GG) herzuleiten sind. Das Berufsbeamtentum ist nach seiner Tradition und Funktion gegenüber dem allgemeinen Status des Bürgers an besondere Pflichten gebunden. Die Erfüllung dieser Pflichten setzt eine gewisse Grundrechtseinschränkung notwendig voraus. Wenn das Berufsbeamtentum im Grundgesetz verfassungskräftig institutionalisiert wird, dann liegt hierin die Rechtfertigung für Grundrechtseinschränkungen.[5]

Die entscheidende Frage ist nunmehr, die Grenze zwischen notwendiger Einschränkung der Individualrechte und dem Grundrechtsschutz zu bestimmen. Es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der Anerkennung des Berufs-

---

1 Ule, Öffentlicher Dienst, Grundrechte IV, 2, S. 537 ff., S. 615 ff.; Schick, Der Beamte, ZBR 1963, S. 68
2 Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 370, 384
3 a.M. Ule, a.a.O., S. 618
4 Schick, Der Beamte, ZBR 1963, S. 67, 71; Kalisch, AöR 78 (1952/1953), S. 345; Wilhelm, Grundrechte, BayVBl. 1963, S. 366
5 Ule, a.a.O., S. 537 f.; Plog-Wiedow, Anm. 2, § 53 BBG

beamtentums als Institution und der Tatsache, daß der Beamte nach dem Willen des Grundgesetzes Grundrechtsträger ist.

Unter diesem Spannungsverhältnis ist der allgemeine Grundsatz zu betrachten, Einschränkungen der Grundrechte dürften nicht weiter ausgedehnt werden, als es Sinn und Zweck des Beamtenverhältnisses erfordern.[1]

Zwischen den Grundrechten des Beamten und seiner Rechtsstellung besteht eine Wechselwirkung.[2] Das Grundgesetz gewährleistet mit den Grundrechten den Bereich der Individualrechte und in Art. 33 Abs. 4 GG die Dienstordnung des Beamten, es garantiert sie beide in ihrer Eigengesetzlichkeit.[3]

Die Bestimmung des allgemeinen Verhältnisses zwischen Grundrechtseinschränkung und institutioneller Anerkennung des Berufsbeamtentums ist einfacher als die Festlegung von Kriterien zur Lösung konkreter Einzelfragen des Grundrechtsschutzes des Beamten.

Als äußerste Grenze der Grundrechtseinschränkung kann die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG angesehen werden, die nach überwiegender Auffassung[4] auch im Beamtenverhältnis gilt. Damit ist jedoch nur eine letzte Festung errichtet, da der Wesensgehalt eines Grundrechts nur dann angetastet wird, wenn von dem Grundrecht "so gut wie nichts übrig bleibt".[5]

Im übrigen läßt sich die Güterabwägungsformel des Bundesverfassungsgerichts zur Schranke des Art. 5 Abs. 2 GG

---

1 Köhl, Diss., S. 4; v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 61
2 Lerche, Grundrechte des Soldaten, Grundrechte IV, 2, S. 46
Martens, ZBR 1970, S. 200
3 Kröger, AöR 88 (1963), S. 143
4 Leisner, DVBl. 1960, S. 625; v. Mangoldt-Klein, Anm. 1, Art. 19 V GG
5 BverwGE 1, S. 269 (274)

auch als Abgrenzungskriterium heranziehen, wenn die Grenze der Grundrechtseinschränkung im Beamtenverhältnis bestimmt werden soll. Die Wechselwirkung zwischen der Ausübung der Grundrechte und der institutionellen Anerkennung des Berufsbeamtentums ist in der Weise zu berücksichtigen, daß der Grundsatz der Notwendigkeit der Erfüllung von Staatsaufgaben in seiner die Grundrechte des Beamten begrenzenden Wirkung wieder eingeschränkt wird.[1]

Inwieweit diese allgemeinen Abgrenzungskriterien im Einzelfall zu sachgerechten Ergebnissen führen, wird im folgenden untersucht. Dabei würde eine umfassende Darstellung aller Grundrechtsfragen im Beamtenverhältnis über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen. Eine besonders umstrittene Frage ist insbesondere das Streikrecht des Beamten. Zu diesem Problemkreis kann auf die rechtsvergleichenden Abhandlungen von Leistner[2] und Cech[3] verwiesen werden.

Die Grundrechtsproblematik wird hier exemplarisch anhand des Rechtes auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern sowie der Meinungsfreiheit erörtert. Die Rechtsschutzfragen lassen sich dabei nicht in jedem Fall eindeutig dem einen oder dem anderen Grundrecht zuordnen; so betrifft das Problem der Zugehörigkeit zu einer politischen Partei sowohl das Recht auf gleichen Zugang als auch die Meinungsfreiheit.

Zunächst soll das Recht auf gleichen Zugang und daran anschließend die Meinungsfreiheit erörtert werden.

---

1 vgl. Böttcher, S. 112; Martens, ZBR 1970, S. 200
2 vgl. insbesondere S. 298 ff.
3 vgl. S. 1 ff.

1. Gleicher Zugang zu den öffentlichen Ämtern (Art. 33 Abs. 2 GG)

Das Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern ist als spezielle Ausprägung des Gleichheitssatzes ein Grundrecht, das jedoch inhaltlich eingeschränkt werden kann.[1] Problematisch ist die Bestimmung der Grenzen der zulässigen Einschränkung dieses Grundrechtes.
Art. 33 Abs. 2 GG enthält insoweit bereits selbst eine Schranke, als ein Bewerber für ein öffentliches Amts abgelehnt werden kann, wenn ihm die hierfür erforderliche Qualifikation fehlt. Im Zusammenhang mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der Eignung steht die in jüngster Zeit geführte Kontroverse[2] um die Zulassung von Mitgliedern verfassungsfeindlicher Parteien zum öffentlichen Dienst. In der vorliegenden am Rechtsschutz orientierten Untersuchung soll der politische Hintergrund der Auseinandersetzung um die "Radikalen im öffentlichen Dienst" außer Betracht bleiben. Die entscheidende Frage ist vielmehr, wann verletzt der Dienstherr mit der Ablehnung eines Bewerbers dessen Grundrecht auf gleichen Zugang mit der Folge, daß der Ablehnungsbescheid auf die Anfechtungsklage des Betroffenen hin aufgehoben werden muß.

Nach den §§ 4 Abs. 1 Nr. 2 BRRG, 7 Abs. 1 Nr. 2 BBG und den entsprechenden landesrechtlichen Normen darf Beamter nur werden, wer die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten. Dieses Erfordernis ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden; eine Differenzierung zwischen Personen, die für die Grundordnung und solchen, die nicht für sie ein-

---

1 v. Mangoldt-Klein, Anm. II, 3 b, Art. 33 GG; Ule, Öffentlicher Dienst, Grundrechte IV, 2, S. 584
2 Rudolph, DVBl. 1967, S. 647; Kriele, ZRP 1971, S. 273; Semler, ZBR 1971, S. 107; Battis, JZ 1972, S. 384; Maurer, NJW 1972, S. 601; Dicke, ZBR 1973, S. 1; Eibes, ZBR 1973, S. 132; Plümer, NJW 1973,S. 4; Arndt, ZBR 1974, S. 121 ff.; Saenger, ZBR 1974, S. 128 ff.

treten, ist im Hinblick auf den Zweck des öffentlichen Dienstes nicht willkürlich, sondern sachlich gerechtfertigt.[1] Die Pflicht des Beamten zur Verfassungstreue gehört im übrigen zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums[2] und ist auch mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG vereinbar. Eine unterschiedliche Behandlung von Bewerbern für den öffentlichen Dienst aufgrund ihres Geschlechts[3] oder ihres Glaubens[4] ist zwar nicht statthaft, sind jedoch Eignung und Befähigung für ein bestimmtes Amt untrennbar mit einem oder mehreren Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG verknüpft, dann geht Art. 33 Abs. 2 GG als Spezialnorm vor, der Bewerber wird insoweit nicht wegen seines Bekenntnisses oder Geschlechts, sondern wegen mangelnder Eignung abgewiesen.[5]

Ein katholischer Lehramtskandidat wird zwar kaum geeignet sein, evangelischen Religionsunterricht zu erteilen, seine Bewerbung für die Fächer Sport und Mathematik an einer evangelischen Schule darf jedoch nicht abgelehnt werden.[6]

Die Zugehörigkeit des Beamten zu einer bestimmten Konfession ist nur bei den sog. konfessionsgebundenen Ämtern Merkmal der Eignung. Bei der Besetzung einer Rektorenstelle an einer christlichen Gemeinschaftsschule darf ein Bewerber auch dann nicht aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten Konfession benachteiligt werden, wenn an der betreffenden Schule die überwiegende Mehrheit der Schüler einem anderen Bekenntnis angehört.[7]

Die von dem Bewerber für ein öffentliches Amt geforderte Verfassungstreue könnte im übrigen gegen das Grundrecht

---

1 Rudolph, DVBl. 1967, S. 649
2 Ule, Öffentlicher Dienst, Grundrechte IV, 2, S. 572, 573
3 Bay VGH, NF 10, S. 110; Ule, a.a.O., S. 626
4 BverwG, MDR 1960, S. 436; BverwGE 30, S. 29 ff.; Bay VGH, Verw.Rspr. 6, S. 693 ff, 700 f.
5 v. Mangoldt-Klein, Anm. IV, 2 c, Art. 33 GG
6 BverwG, MDR 1960, S. 436; Ule, a.a.O., S. 630, 631
7 VGH Bad-Württ., ESVGH 18, S. 31

der Meinungsäußerungsfreiheit verstoßen. Art. 5 Abs. 1 GG steht jedoch unter dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze, zu denen auch die Beamtengesetze gehören.[1] Darüber hinaus sind die hergebrachten Grundsätze des Beamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte, die eine Grundrechtseinschränkung rechtfertigen. Die insoweit auftretenden Konflikte sind nur in der Weise zu lösen, daß im Einzelfall durch eine Güterabwägung ermittelt wird, welche Verfassungsbestimmung das höhere Gewicht hat.[2]

Unter dem Aspekt der Wechselwirkung[3] zwischen dem Grundrecht auf gleichen Zugang und der Anerkennung des Berufsbeamtentums als Institution ist die Frage zu beantworten, unter welchen Voraussetzungen der Zugang zum öffentlichen Dienst versagt werden kann.

In Rechtsprechung[4] und Schrifttum[5] ist es umstritten, ob die reine Zugehörigkeit zu einer "verfassungsfeindlichen", aber nicht verbotenen Partei den Ausschluß vom öffentlichen Dienst rechtfertigt, oder ob hierfür über die bloße Mitgliedschaft hinaus eine verfassungsfeindliche Betätigung von der Einstellungsbehörde festgestellt werden muß.

Die strengere Auffassung geht zunächst davon aus, daß bei der Mitgliedschaft in einer Partei mit verfassungsfeindlicher Zielsetzung weniger die politische Anschauung des Beamten als vielmehr dessen politische Betätigung im Vordergrund stehe.[6] Die Mitgliedschaft in

---

1 so die h.M.: Fischbach, Anm. 2 e, § 7 BBG; Finger, ZBR 1965, S. 225; BverwG, ZBR 1954, S. 211; a.M.: Konow, ZBR 1972, S. 48
2 BverwG, DVBl. 1973, S. 570
3 s. oben, S. 165 (Fußnote 2) u. BverwG, DVBl. 1973, S. 570
4 vgl. einerseits OVG Koblenz, AS 1, S. 23 ff.; VG Bremen, ZBR 1973, S. 16; andererseits OLG Hamburg, ZBR 1973, S. 22
5 vgl. Semler, ZBR 1971, S. 107; Plümer, NJW 1973, S. 10 einerseits; Rudolph, DVBl. 1967, S. 647; Battis, JZ 1972, S. 384; Maurer, NJW 1972, S. 601; Eibes, ZBR 1973, S. 132 andererseits
6 Semler, a.a.O., S. 107; Schultz, MDR 1973, S. 819, Plümer, NJW 1973, S. 6; Weyer-Gutachten, ZBR 1973, S. 257 ff.; Arndt, ZBR 1975, S. 121 f

einer derartigen Partei sei nämlich kein bloßes Bekenntnis zu einer Weltanschauung, sondern aktive Unterstützung politischer Ziele; so seien z. B. die Mitglieder der DKP verpflichtet, an der Tätigkeit ihrer Parteigruppe teilzunehmen und sich für die Verwirklichung der beschlossenen Politik einzusetzen.[1] Dies sei ein unlösbarer Widerspruch zur politischen Treuepflicht des Beamten. Die Pflicht zur Verfassungstreue beschränke sich nicht auf ein nur gesinnungsmäßiges Bekenntnis, sie umschließe auch die Verpflichtung des Beamten, sich in äußerlich erkennbarer Weise aktiv für die freiheitlich demokratische Grundordnung einzusetzen.[2]

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluß vom 22.5.1975[3] den Umfang der Treuepflicht des Beamten noch weiter ausgedehnt und darauf hingewiesen, daß vom Beamten verlangt werden müsse, daß dieser sich eindeutig von solchen Gruppen distanziert, die den Staat, seine verfassungsmäßigen Organe und die geltende Verfassungsordnung angreifen und diffamieren.

Fraglich ist, ob von der bloßen Mitgliedschaft und der damit verbundenen Verpflichtung, die Parteipolitik zu unterstützen, ohne weiteres auf eine verfassungsfeindliche Aktivität des Bewerbers geschlossen werden darf. Diese Frage ist auch in den beiden neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts[4] nicht endgültig und zweifelsfrei beantwortet. Beide Gerichte beschränken sich darauf, festzustellen, daß bei gebotener Berücksichtigung des Einzelfalles die Mitgliedschaft in einer verfassungs-

1 Plümer, NJW 1973, S. 9
2 so nunmehr BverwG, NJW 1975, S. 1135 mit kritischer Anm. von Battis
3 NJW 1975, S. 1641 f.
4 NJW 1975, S. 1135 f.

feindlichen Partei geeignet sein kann, Zweifel an der Verfassungstreue und damit der Eignung des Bewerbers zu begründen.[1]

Die Gründe der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sind jedoch demgegenüber insoweit nicht eindeutig, als es an anderer Stelle[2] heißt: "das bloße Haben einer Überzeugung und die bloße Mitteilung, daß man diese habe, ist niemals eine Verletzung der Treuepflicht." Wegen dieser divergierenden Formulierungen verwundert es nicht, daß beide Auffassungen der hier skizzierten Kontroverse sich auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts berufen.[3]

Abgesehen von dieser Unklarheit im Beschluß vom 22.5.1975 ist das Bundesverfassungsgericht in Übereinstimmung mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 6.2.1975 (Fall Lenhard) der im Schrifttum[4] und in der Rechtsprechung[5] zum Teil vertretenen Auffassung entgegengetreten, die Mitgliedschaft in einer politischen Partei dürfe bis zu deren Verbot kein Anlaß sein, Bewerbern den Zugang zum öffentlichen Dienst zu verwehren, auch wenn die in Frage stehende Partei verfassungsfeindliche Ziele verfolge.

Unter dem Aspekt einer extensiven Auslegung der politischen Treuepflicht des Beamten wird in beiden höchst-

---

1 BverwG, Urteil vom 6.2.1975, NJW 1975, S. 1137; BverfG, Beschluß vom 22.5.1975:"Ein Stück des Verhaltens, das für die Beurteilung der Persönlichkeit des Bewerbers erheblich sein kann, kann auch die Zugehörigkeit zu einer Partei sein."

2 BverfG, NJW 1975, S. 1643

3 vgl. Fromme in FAZ Nr. 180 vom 7.8.1975, S. 6:"Alle haben wieder einmal recht"

4 Rudolph, DVBl. 1967, S. 647 (649 f.); Wilhelm, ZBR 1968, S. 1 (3); Ule, Beamtenrecht, RdNr. 5, § 4 BRRG; Kriele, ZRP 1971, S. 275; Lindgen, RiA 1972, S. 121; Maurer, NJW 1972, S. 603 f.; Battis, JZ 1972, S. 385 f.; Isensee, JuS 1973, S. 268 f.; Azzola-Lautner, ZBR 1973, S. 128 f.; Eibes, ZBR 1973, S. 133 f.; Saenger, ZBR 1975, S. 128 (130);

5 BverwG, I. Wehrdienstsenat, Beschluß vom 14.3.1973, NJW 1973, S.1662 f. OLG Hamburg, ZBR 1973, S. 22 (23)

richterlichen Entscheidungen davon ausgegangen, daß die seitherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum sog. Parteienprivileg des Art. 21 Abs.2 GG[1] lediglich den normalen Status des Aktivbürgers in der Gesellschaft vor Augen habe, dagegen nicht den Bürger in seiner besonderen Stellung als Beamter;[2] es handele sich hier nämlich um zwei wesensverschiedene Verfassungsbereiche.[3]

Zwischen der Pflicht des Beamten zur Verfassungstreue und der Parteifreiheit besteht ein verfassungsrechtliches Spannungsverhältnis, das nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur durch eine Güterabwägung in der Weise gelöst werden kann, daß ermittelt wird, welche Verfassungsbestimmung das höhere Gewicht hat.[4]

Das Bundesverfassungsgericht hat zwar im Beschluß vom 22.5.1975 die Treuepflicht des Beamten besonders herausgestellt und darauf hingewiesen, daß an der traditionellen Treuepflicht als einem hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums festzuhalten sei,[5] eine Güterabwägung im Sinne der eigenen Rechtsprechung hat das Gericht dagegen nicht vorgenommen. Es wird vielmehr darauf abgestellt, daß die "ratio der Verfassungstreuepflicht des Beamten" in einem anderen rechtlichen Zusammenhang als die politische Betätigung des Bürgers in einer Partei stehe. Hieraus folge, daß die seitherige Rechtsprechung zum sog. Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG für das Beamtenverhältnis keine Bedeutung habe.[6] Der Beamte wird

---

1 BverfGE 12, S. 296; BverfGE 13, S. 46; BverfGE 17, S. 155
2 BverfG, NJW 1975, S. 1645
3 BverwG, NJW 1975, S. 1139
4 s. oben, S. 166
5 BverfG, Beschluß vom 22.5.1975, NJW 1975, S. 1642
6 BverfG, a.a.O., S. 1645

also nach wie vor als ein Bürger mit einer besonderen rechtlichen Stellung angesehen, für den bestimmte verfassungsrechtliche Grundentscheidungen nur sehr beschränkt gelten. Dementsprechend bleibt es für die Einstellung eines Bewerbers in den öffentlichen Dienst unerheblich, ob die politische Partei, der er angehört, vom Bundesverfassungsgericht verboten ist. Es soll vielmehr genügen, daß der Dienstherr die Partei für verfassungsfeindlich hält.[1]

Im übrigen wird in beiden höchstrichterlichen Entscheidungen klargestellt, daß kein Eingriff in das Parteienprivileg vorliege, wenn eine Partei bei der Gewinnung von Mitgliedern faktisch Nachteile durch deren Ausschluß vom öffentlichen Dienst erleide. Sie sei hierin durch Art. 21 GG nicht geschützt, die nur "mittelbare Rückwirkung des Ausschlusses" beinhalte keinen rechtlichen Eingriff in das Parteienprivileg; sie habe lediglich die Wirkung eines "Reflexes".[2]
Es erscheint fraglich, ob diese Begründung der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung von Art. 21 Abs. 2 GG in seiner Tragweite voll gerecht wird.

Nach dem Parteiengesetz vom 24.7.1967 sind die Parteien notwendiger Bestandteil der freiheitlich demokratischen Grundordnung. Sie wirken an der politischen Willensbildung des Volkes mit und sind durch Art. 21 GG wegen ihrer Sonderstellung im Verfassungsleben mit einer erhöhten Bestandsgarantie, dem sog. Parteienprivileg, ausgestattet. Dieser Bestandsschutz wirkt sich zwar in erster Linie auf die Partei als Organisation aus, er kommt jedoch notwendig auch den einzelnen Mitgliedern zugute,

---

1 BverfG, Beschluß vom 22.5.1975, NJW 1975, S. 1645
2 BverwG, Urteil vom 6.2.1975, NJW 1975, S. 1137 (1140); BverfG, a.a.O., S. 1645

weil die Parteien ohne das Tätigwerden ihrer Mitglieder und Funktionäre handlungsunfähig sind.[1] Diese "individualrechtliche" Ausstrahlung[2] des Parteienprivilegs wirkt auch im Beamtenverhältnis. Zu Recht weist daher Bundesverfassungsrichter Rupp[3] in seinem abweichenden Votum zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 22.5.1975[4] darauf hin, daß bei der Frage, welche Rechtsfolgen aus der Parteizugehörigkeit eines Beamten oder eines Bewerbers für eine Beamtenstelle gezogen werden müssen, sich die beiden Bereiche "Parteien-" und "Beamtenrecht" überschneiden mit der Konsequenz, daß bei der Entscheidung über die Einstellung eines Beamten auch Art.21 GG berücksichtigt werden muß. Bis zu dem Verbot einer Partei durch das Bundesverfassungsgericht soll die Partei ungestört arbeiten können; dies aber ist eingeschränkt, wenn ihre Mitglieder Nachteilen ausgesetzt sind oder wenn durch ein faktisches Verbot einem größeren Kreis wie den Beamten der Parteibeitritt unmöglich gemacht wird.

Im Unterschied zur Auffassung des 2. Senats des Bundesverwaltungsgerichts hat dessen 1. Wehrdienstsenat im Beschluß vom 14.3.1973[5] klar zum Ausdruck gebracht, daß aufgrund des Parteienprivilegs ein administratives Einschreiten gegen den Bestand einer Partei ausgeschlossen sei. Mit dem Parteienprivileg werde jede mit allgemein erlaubten Mitteln arbeitende partei-offizielle Tätigkeit ihrer Funktionäre und Anhänger geschützt.

---

1 BverfGE 12, S. 296 (304-307); Wilhelm, ZBR 1968, S. 1 (3 f.); Isensee, JuS 1973, S. 265 (267); Battis, JZ 1972, S. 386
2 Isensee, a.a.O., S. 267 f.
3 abweichendes Votum zum Beschluß des BverfG vom 22.5.1975, NJW 1975, S. 1650
4 NJW 1975, S. 1641 ff.
5 NJW 1973, S. 1662 f.

Das Parteienprivileg ist eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung,[1] die auch im Beamtenverhältnis gilt.[2] Die Geltung des Art. 21 Abs. 2 GG kann nicht mit der Begründung verneint werden, der Beamte befinde sich zu dem Staat in einem besonders engen Verhältnis.[3] Mit dieser Begründung wird die in dieser Untersuchung in Frage gestellte Lehre von dem Beamtenverhältnis als einem "besonderen Gewaltverhältnis",[4] die ihren Ursprung in der konstitutionellen Monarchie hat, zu Unrecht mit neuem Leben erfüllt. Das Beamtenverhältnis ist ein Rechtsverhältnis; der Beamte hat grundsätzlich die gleiche grundrechtliche Freiheit zu politischer Betätigung wie jeder andere Bürger;[5] das Einschränken dieser Freiheit durch die Ausschaltung des Parteienprivilegs beim Zugang zum öffentlichen Dienst ist auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil über Art. 21 Abs. 2 GG die "legale Machtergreifung" einer Partei über das Verbot anderer Parteien verhindert werden soll.[6] Eine Aushöhlung des Parteienprivilegs könnte zu einer Behinderung der politischen Tätigkeit unbequemer Oppositionsparteien führen, wenn es auch der Einstellungsbehörde zugestanden wird, die Verfassungsfeindlichkeit einer Partei festzustellen. Diese Gefahr für den demokratischen Staat wird allzu leicht unterschätzt, sie kann in einem Konfliktfall größer sein als das Risiko, das mit der Einstellung von Mitgliedern radikaler Parteien verbunden ist.

Die Einschränkung der Parteifreiheit über die Treuepflicht ist auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil

---

1 BverfGE 12, S. 296; BverfGE 17, S. 155 (166); Wilhelm, Meinungsfreiheit, ZBR 1968, S. 1 (3); Eibes, ZBR 1973, S. 135; Battis, JZ 1972, S. 385; Dicke, ZBR 1973, S. 7

2 Wilhelm, Meinungsfreiheit, ZBR 1968, S. 3; Ule, Öffentlicher Dienst, Grundrechte IV, 2, S. 604 f.

3 so BverfG, NJW 1975, S. 1641 (1645)

4 s. oben, S. 6 f.

5 s. oben, S. 164; Isensee, JuS 1973, S. 265 (267)

6 Eibes, ZBR 1973, S. 135; Isensee, JuS 1973, S. 265 (266)

damit die Bindung an die grundgesetzliche Ordnung die Unzulässigkeit einer Verhaltensweise begründen soll, die gerade durch das Parteienprinzip des Art. 21 Abs. 2 GG erlaubt ist.[1]

Der weiteren Begründung der Entscheidungen des Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgerichts, die Nachteile, die einer Partei bei der Gewinnung von Mitgliedern entstünden, seien durch Art. 21 GG nicht geschützt und es handele sich hier nur um einen "Reflex" und nicht um einen rechtlichen Eingriff,ist entgegenzuhalten, daß die in Art. 21 GG garantierte Parteifreiheit sich nicht auf die Freiheit der Gründung einer Partei beschränkt, sondern sich auch auf die Freiheit zur Werbung von Mitgliedern bezieht.[2] Der Ausschluß von Parteimitgliedern vom öffentlichen Dienst beschränkt diese Freiheit und beinhaltet daher einen Eingriff mit unmittelbarer Rechtswirkung.

Im übrigen wird mit der Begründung des Bundesverwaltungsgerichts im Fall Lenhard, der Grundgesetzgeber habe den Parteien in dem hier vorliegenden Zusammenhang den erwähnten tatsächlichen Nachteil zugemutet, durch einen nicht belegbaren Rückgriff auf den Willen des Gesetzgebers das Entscheidungsrecht und die Auslegungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts umgangen.

Wenn die Parteimitglieder durch den Ausschluß vom öffentlichen Dienst erheblich benachteiligt werden, kann die Partei nicht ungehindert politisch wirken.[4]

---

1 Isensee, JuS 1973, S. 265 (269)
2 Sondervotum Rupp, NJW 1975, S. 1650
3 Battis, Anm. zum Urteil des BverwG vom 6.2.1975, NJW 1975, S. 1143
4 Dicke, ZBR 1973, S. 7; Saenger, ZBR 1974, S. 130; VG Neustadt, ZBR 1973, S. 147 (150)

Es bleibt daher festzuhalten, daß einem Bewerber für den öffentlichen Dienst die politische Zuverlässigkeit nicht allein deshalb abgesprochen werden kann, weil er einer nach Auffassung der Einstellungsbehörde verfassungswidrigen Partei angehört. Die Entscheidung dieser Frage ist allein dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten, solange dies die Verfassungswidrigkeit einer Partei nicht ausgesprochen hat, kann niemand rechtlich geltend machen, die Partei sei verfassungswidrig.[1] Dies steht auch den Verwaltungsgerichten nicht zu.

Das VG Bremen hat in seinem Urteil vom 8./15.11.1972[2] die Erklärung des Betroffenen, er bekenne sich zu den Zielen, wissenschaftlichen Analysen und programmatischen Erklärungen der DKP, zum Anlaß genommen, sich ausführlich mit den Zielen der DKP auseinanderzusetzen. Das Ergebnis der Untersuchung des Gerichts ist letztlich eine Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit der DKP, obwohl das Gericht in der folgerichtigen Vorausschau dieses Einwands ausführt, "es mache sich nicht anheischig, über die Verfassungswidrigkeit einer Partei zu entscheiden."[3]

Auch die Vornahme von Abstufungen in der Intensität der Verfassungsfeindlichkeit höhlt das Parteienprivileg aus.[4] Eine Partei ist legal, bis sie für verfassungswidrig erklärt wird. Die Verfassung unterscheidet nicht zwischen mehr oder weniger verfassungsfeindlichen Parteien mit der Folge, daß eine Zwischenstufe ohne Inanspruchnahme des Bundesverfassungsgerichts vom Dienst-

---

1 BverwfGE 12, S. 296 (304); BverfGE 17, S. 155 (166); Frowein, S. 33; Kriele, ZRP 1971, S. 274; Maurer, NJW 1972, S. 601; Ule, Beamtenrecht, RdNr. 5, § 4 BRRG; Lindgen, RiA 1972, S. 123
2 u. 3 VG Bremen, ZBR 1973, S. 16 u. 21
4 Rudolph, DVBl. 1967, S. 650; Maurer, NJW 1972, S. 604

herrn festgestellt werden könnte, um damit den Ausschluß vom öffentlichen Dienst zu rechtfertigen. Eine Lösung des hier im einzelnen aufgezeigten Problems könnte mit dem von Stern[1] unterbreiteten Vorschlag der Einführung eines besonderen Verfahrens zur Erklärung der Verfassungsfeindlichkeit von Parteien im Vorfeld der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungswidrigkeit gefunden werden. Solange jedoch eine derartige Regelung durch eine Verfassungs- und Gesetzesänderung nicht getroffen worden ist, sind die problematischen Fälle durch eine Auslegung der allgemeinen Pflicht des Beamten zur Mäßigung und Zurückhaltung bei der politischen Betätigung (§§ 35 Abs. 2 BRRG und 53, 54 BBG) zu lösen.
Geht das dem Bewerber für ein öffentliches Amt zur Last gelegte Verhalten über die reine Zugehörigkeit zu einer verfassungsfeindlichen Partei hinaus, dann muß im Einzelfall insbesondere auch im Hinblick auf die Bedeutung der angestrebten Tätigkeit (z. B. Verfassungsschutz) der vorliegende Sachverhalt überprüft und festgestellt werden, ob der Bewerber sich ausdrücklich gegen die Grundordnung erklärt oder sie mit anderen als den allgemein erlaubten Mitteln bekämpft.

Der Richterdienstsenat des OLG Hamburg hat in dem Beschluß vom 17.11.1972[2] zum Ausdruck gebracht, daß die Tätigkeit eines Richters als Vorsitzender eines Parteischiedsgerichts der NPD nicht als Dienstpflichtverletzung anzusehen sei. Das Gericht stützt diese Auffassung mit dem Hinweis auf die Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts.[3] Der Vorsitz in einem Schieds-

---

1 S. 53
2 ZBR 1973, S. 22 (24)
3 BverfGE 12, S. 296

gericht der NPD wird als politische Betätigung im Rahmen spezifischer Parteitätigkeit mit allgemein erlaubten Mitteln angesehen. Eine disziplinarrechtliche Verfolgung sei deshalb ausgeschlossen.[1] Nur soweit der Richter oder Beamte durch seine persönliche Betätigung aus dem Rahmen erlaubter Parteitätigkeit heraustrete oder durch die besondere Art und Weise seines Auftretens das Zurückhaltungsgebot verletze, stehe Art. 21 Abs. 2 GG seiner dienstrechtlichen Bestrafung nicht im Wege.

Eine verfassungsfeindliche Aktivität wird in der Rechtsprechung angenommen, wenn ein Bewerber für den öffentlichen Dienst sich als Mitherausgeber einer Broschüre abfällig über die rechtsstaatliche Ordnung der Bundesrepublik äußert, indem er z. B. die Polizei als ein "Repressivorgan des bürgerlichen Staates" bezeichnet oder Empfehlungen zur Umgestaltung von Strafverfahren in ein politisches Forum gibt.[2]

Das Gleiche gilt für die Teilnahme als Mitveranstalter an einer nicht angemeldeten Demonstration und die Aufforderung an Demonstranten, zur Befreiung von Schülern vom Unterricht Schulen zu stürmen.[3]

Das VG Münster hat im Urteil vom 31.1.1973[4] zum Ausdruck gebracht, daß wegen mangelnder persönlicher Zuverlässigkeit die Berufung in das Beamtenverhältnis auch dadurch ausgeschlossen sei, daß der Bewerber als verantwortlicher Redakteur einer Zeitung mehrfach in strafrechtlich bedeutsamer Weise seine Verpflichtung verletzt hat, Druckwerke von strafbarem Inhalt freizu-

---

1 OLG Hamburg, Richterdienstsenat, Beschluß vom 17.11.1972, ZBR 1973, S. 22 (24)
2 VG Gelsenkirchen, ZBR 1972, S. 82 mit Anm. Hambusch
3 Bay VGH, ZBR 1973, S. 27
4 ZBR 1973, S. 151

halten. In der in Frage stehenden Zeitung sind über einen längeren Zeitraum Beiträge mit beleidigendem Inhalt erschienen, wie: "das Ratsmitglied L. habe im Stadtrat lediglich nutzlos herumgesessen", oder "der Präsident des Bauernverbandes sei ein degenerierter Landadeliger", "alle Polizisten seien Prügelknaben".[1] Derartige Beleidigungen sind tatsächlich geeignet, die Ablehnung der Ernennung zum Beamten auf Probe zu rechtfertigen.

Der VGH Baden-Württemberg hat im Beschluß vom 19.3.1973[2] die zur Ernennung zum Studienreferendar erforderliche Eignung verneint, weil der Betroffene sich als Wortführer einer Gruppe betätigte, die dazu aufrief, sich den im Einklang mit dem Grundgesetz ergangenen Notstandsgesetzen nicht zu beugen.

Das VG Würzburg[3] hat den Austritt aus einer verfassungsfeindlichen Partei und die Bereitschaft zur Abgabe einer "Bekenntniserklärung" zur Grundordnung für ausreichend gehalten, um die Eignung für den öffentlichen Dienst zu bejahen.

Inwieweit die hier vertretene Auffassung, die reine Zugehörigkeit zu einer verfassungsfeindlichen Partei rechtfertige nicht den Ausschluß vom öffentlichen Dienst, durch die in Frankreich zum gleichen Problemkreis gefundene Lösung gestützt wird, soll im Anschluß an die Erörterung der Meinungsfreiheit des deutschen Beamten dargestellt werden.

2. Meinungsfreiheit (Art. 5 GG)

Art. 5 Abs. 1 GG schützt das Recht des einzelnen Beamten auf Äußerung und Verbreitung seiner Meinung. Dieses

---

1 VG Münster, ZBR 1973, S. 151 (153)
2 DVBl. 1973, S. 579
3 ZBR 1973, S. 245

Grundrecht wird eingeschränkt durch die allgemeinen Gesetze, die gesetzlichen Bestimmungen des Jugendschutzes und das Recht der persönlichen Ehre (Art. 5 Abs. 2 GG).

Als Schranke der Meinungsfreiheit des Beamten kommen hauptsächlich die allgemeinen Gesetze in Betracht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[1] müssen die allgemeinen Gesetze, zu denen auch die Beamtengesetze gehören, in ihrer das Grundrecht der Meinungsfreiheit beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts interpretiert werden. Der besondere Wertgehalt dieses Rechts muß auf jeden Fall gewahrt bleiben. Diese Wechselwirkung führt im Ergebnis zu einer Güterabwägung zwischen dem Grundrecht der Meinungsfreiheit und den von dem jeweiligen einschränkenden Gesetz geschützten Rechtsgütern.

Einschränkungen der Meinungsfreiheit des Beamten können sich aus der Pflicht zur Verfassungstreue (§ 52 Abs. 2 BBG), zur Zurückhaltung (§ 53 BBG), zur Amtsverschwiegenheit (§ 61 BBG) und zur Hingabe (§ 54 BBG) ergeben.

Im folgenden soll zunächst untersucht werden, welches Maß an Loyalität vom Beamten verlangt werden kann.

a) Loyalitätspflicht

Der Beamte steht in einem Dienst- und Treueverhältnis zum Staat; er ist verpflichtet, sich durch sein gesamtes Verhalten innerhalb und außerhalb des Dienstes zu der freiheitlich demokratischen Grundordnung zu bekennen und für deren Erhaltung einzutreten.[2]

---

1 BverfGE 7, S. 198 (208)
2 §§ 35 Abs. 1, S. 3 BRRG, 52 Abs. 2 BBG

Das Beamtenrecht begnügt sich nicht mit einer passiven Loyalität gegenüber der Verfassung, sondern verlangt vom Beamten, sich aktiv für die Grundordnung einzusetzen.[1] Aus dieser Pflicht zur Verfassungstreue folgt, daß der Beamte sich nicht unter Berufung auf seine politische Meinungsfreiheit mit nicht erlaubten Mitteln gegen die Grundordnung betätigen oder für verfassungswidrige Parteien eintreten darf,[2] während die reine politische Meinungsäußerung nicht eingeschränkt wird. Ein Beamter, der innerhalb und außerhalb des Dienstes seine Sympathie für totalitäre Ideologien bekundet, indem er äußert, er lehne die demokratische Staatsform ab und bevorzuge den Kommunismus, verletzt die ihm obliegende Treuepflicht, da er mit derartigen Äußerungen die Verbindlichkeit der Wertordnung des Grundgesetzes leugnet.[3] Ein Verstoß gegen die Loyalitätspflicht ist auch dann gegeben, wenn der Beamte sich in propagandistischer Weise zustimmend zum Rassenwahn und insbesondere zum Antisemitismus äußert.[4] Dies ist mit dem demokratischen Grundgedanken von gleicher Würde für alle Menschen nicht vereinbar.

Der Beamte verletzt darüber hinaus seine Loyalitätspflicht, wenn er die Symbole des Staates in schwerer Weise beschimpft, indem er von der Bundesflagge als der "Schwarz-Rot-Scheiße" spricht.[5] Mit einem derartigen Verhalten zerstört der Beamte das Vertrauens- und Treueverhältnis zwischen ihm und dem Staat in so eklatanter Weise, daß eine Entfernung aus dem Dienst gerechtfertigt ist.[6]

---

1 Ule, Beamtenrecht, Anm. 3, § 35 BRRG; BverwGE 10, S. 213 (215); OVG Koblenz, ZBR 1963, S. 144
2 Ule, a.a.O., Anm. 3, § 35 BRRG
3 OVG Koblenz, ZBR 1963, S. 144
4 VGH Kassel, Hess Staats Anz 1953, S. 751
5 VGH Kassel, a.a.O., S. 751
6 VGH Kassel, a.a.O., S. 751

Andererseits ist die Loyalitätspflicht des Beamten insoweit begrenzt, als von ihm ein Bekenntnis zu allen Bestimmungen der Verfassung oder sogar zu allen Gesetzen nicht verlangt werden kann.[1]

Die dem Beamten nach Art. 33 Abs. 4 GG in Verbindung mit § 2 BBG obliegende Loyalitätspflicht schränkt seine Meinungsäußerungsfreiheit in zulässiger Weise ein. Das Grundgesetz und die auf dessen Grundlage erlassenen Beamtengesetze binden den Beamten in der Gegenwart fester an den Staat,als dies bei der Weimarer Verfassung der Fall war. Diese Bindung schließt die politische Neutralität des Beamten gegenüber dem demokratischen und sozialen Rechtsstaat der Bundesrepublik aus. Die Mitgliedschaft in einer vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärten Partei und insbesondere die unmittelbare Beteiligung oder positive Förderung des gewaltsamen Umsturzes mit nicht verfassungskonformen Mitteln sind mit der Loyalitätspflicht des Beamten nicht vereinbar.[2]

Dagegen beinhaltet die Mitgliedschaft in einer vom Bundesverfassungsgericht noch nicht verbotenen Partei keine Verletzung der Loyalitätspflicht.[3]

Die Pflicht zur Loyalität erfordert jedoch keine einseitige Konformität des Beamten; dieser ist nicht grenzenlos und ohne Vorbehalte an den Staat gebunden. Im Falle eines Loyalitätkonfliktes kann der Beamte sogar verpflichtet sein, aktiv gegen den Staat Widerstand zu leisten.[4]

---

1 Ule, Beamtenrecht, Anm. 3, § 35 BRRG
2 vgl. PrOVG 77, S. 395
3 s. oben, S. 181
4 BverfGE 3, S. 584

Im folgenden soll die Einschränkung der Meinungsfreiheit des Beamten durch seine Zurückhaltungspflicht erörtert werden.

b) Zurückhaltungspflicht

Die Meinungsfreiheit des Beamten wird weiter durch die Pflicht eingeschränkt, bei politischer Betätigung diejenige Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren, die sich aus seiner Stellung gegenüber der Gesamtheit und aus der Rücksicht auf die Pflichten seines Amtes ergeben.[1]

Darüber hinaus muß das Verhalten des Beamten innerhalb und außerhalb des Dienstes der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden, die sein Beruf erfordert.[2]

Während in der Vergangenheit zwischen Meinungsäußerungen innerhalb und außerhalb des Dienstes kein Unterschied gemacht worden ist,[3] hat die im Jahre 1967 erfolgte Neufassung des § 77 Abs. 1 BBG[4] insoweit die Auffassung unterstrichen, daß das Verhalten außerhalb des Dienstes geringeren Anforderungen unterliegt als das dienstliche Verhalten. Nach § 77 Abs. 1 BBG ist nicht jedes außerdienstliche Verhalten, durch das der Beamte schuldhaft eine ihm obliegende Dienstpflicht verletzt, ein Dienstvergehen. Ein solches ist vielmehr nur dann gegeben, wenn das Verhalten des Beamten nach den Umständen des Einzelfalles in besonderem Maß geeignet ist, Achtung und Vertrauen in einer für das Amt oder das Ansehen des Berufsbeamtentums bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen.

---

1 § 53 BBG, § 35 Abs. 2 BRRG
2 § 54 BBG, § 36 BRRG
3 s. oben, S. 15
4 Diese Vorschrift ist durch das Gesetz zur Neuordnung des Bundesdisziplinarrechts vom 20.7.1967 (BGBl. I, S. 725) eingefügt worden.

Es ist daher im folgenden zu unterscheiden, ob der Beamte in Ausübung seines Dienstes oder als Privatmann von seinem Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit Gebrauch macht.

(1) Meinungsäußerungen im Dienst

Innerhalb des Dienstes unterliegt die Meinungsäußerungsfreiheit des Beamten zunächst den Einschränkungen, die zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung erforderlich sind; der Beamte ist nicht berechtigt, durch Meinungsäußerungen den Dienstbetrieb oder das Betriebsklima empfindlich zu stören.[1]

Private Meinungsäußerungen im Dienst, seien sie politischer oder unpolitischer Natur, stehen lediglich unter dem Vorbehalt einer gewissen Zurückhaltung, gegen die der Beamte dann verstößt, wenn er im Dienst eine gezielte Werbung für eine Partei betreibt oder sogar Parteibeiträge kassiert.[2]

Der Beamte darf auf keinen Fall seine Stellung als Dienstvorgesetzter dazu mißbrauchen, um Untergebene durch Druck zum Eintritt in eine bestimmte Partei zu veranlassen.[3]

Die Abgrenzung zwischen innerdienstlichem und außerdienstlichem Verhalten ist im Einzelfall schwierig. Das Bundesverwaltungsgericht[4] hat die Veröffentlichung eines Leserbriefes, mit dem ein Beamter wegen der Mängel einer Bundeswohnung den hierfür zuständigen Behördenleiter angriff und diesen als "borniert" bezeichnete, als eine innerdienstliche Pflichtverletzung angesehen. Dies mit der Begründung, daß mit den Ausführungen des Leser-

---

1 v. Münch, Meinungsäußerungen des Beamten, ZBR 1959, S. 306; Finger, ZBR 1965, S. 226; Scheffer, S. 124
2 vgl. hierzu: Plog-Wiedow, Anm. 3, § 53 BBG
3 Hess VGH, Hess StaatsAnz 1973, S. 750 (751)
4 BverwGE 33, S. 199

briefes zu innerdienstlichen Vorgängen Stellung genommen worden sei, bei denen der Behördenleiter nach Auffassung des Verfassers des Leserbriefes versagt habe. Damit wird nicht auf die formale, sondern die materielle Dienstbezogenheit des Verhaltens des Beamten abgestellt.

(2) Meinungsäußerungen außerhalb des Dienstes

Es ist bereits ausgeführt worden,[1] daß der Grundsatz, "der Beamte ist immer im Dienst", heute nicht mehr gilt. Daraus folgt jedoch nicht, daß das Zurückhaltungsgebot, wenn auch in der im § 77 Abs. 1 BBG enthaltenen Einschränkung, nicht für Meinungsäußerungen außerhalb des Dienstes gilt.[2]

Gegenüber der Geltung des Zurückhaltungsgebotes wird eingewendet, mit dieser nach Inhalt und Ausmaß völlig unpräzisen Verpflichtung werde die Grenze zwischen Freiheit und Bindung des Beamten verdeckt.[3] Das Zurückhaltungsgebot sei darüber hinaus verfassungswidrig, weil es im Gegensatz zu den Verfassungsprinzipien der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit stehe.[4] Im übrigen seien die Begriffe "Mäßigung" und "Zurückhaltung" zu unbestimmt und für Grenzfälle fehlten gültige Maßstäbe.[5] Dem Einwand der Unbestimmtheit ist entgegenzuhalten, daß es nicht ungewöhnlich ist, wenn ein unbestimmter Rechtsbegriff keine klaren Abgrenzungskriterien enthält. Es bleibt der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte überlassen, die erforderlichen Maßstäbe zu entwickeln. Der Vorwurf, das Zurückhaltungsgebot sei verfassungswidrig, muß ebenfalls zurückgewiesen werden. Es ist unbestritten, daß die Freiheit der Meinungsäußerung im Beamtenverhältnis nicht uneingeschränkt besteht; Umfang und Grenzen der Pflicht zur

---

1 s. oben, S. 15
2 v. Münch, Meinungsäußerung des Beamten, ZBR 1959, S. 307; Wilhelm, Meinungsfreiheit, ZBR 1968, S. 2; Finger, ZBR 1965, S. 227
3 Dermietzel, S. 69
4 Dermietzel, S. 71
5 Konow, ZBR 1972, S. 48

Mäßigung und Zurückhaltung müssen verhältnismäßig sein.

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird mit Recht differenziert: Meinungsäußerungen sind umso freier, je niedriger die dienstliche Stellung des betreffenden Beamten ist und je sachferner sein Arbeitsgebiet zu der von ihm behandelten Frage ist.[1]

Die Überprüfung der Rechtsprechung zeigt im übrigen, daß eine Abwägung zwischen extremer und angemessener Meinungsäußerung durchaus möglich, wenn auch im Einzelfall,schwierig ist. So gewährt Art. 5 Abs. 1 GG einem Lehrer nicht das Recht, ein in der Schule angebrachtes, amtlich zugelassenes Plakat zu entfernen oder gegen den Schulleiter den Vorwurf der Denunziation zu erheben und ihm anzukündigen, er werde schwer bestraft, wenn er das Plakat weiter dulde.[2] Dieses Verhalten beinhalte einen Verstoß gegen die Zurückhaltungspflicht.

Das Gleiche gilt für Äußerungen eines Beamten, daß bei "den Amtsvorständen Willkür und Kompetenzhamsterei" vorherrsche.[3]

Vertretern von Beamtenorganisationen wird zwar zugestanden, eine gewisse Bewegungsfreiheit bei der Erfüllung ihrer Aufgaben in Anspruch zu nehmen und die Interessen ihres Berufsstandes zu wahren und dabei grundsätzlich auch Kritik zu üben und harte Auseinandersetzungen zu führen. Andererseits ist die Grenze dort zu ziehen, wo über einzelne Mißgriffe und Entgleisungen hinaus eine jahrelange Kampfstimmung erzeugt wird, die die notwendige gegenseitige Rücksichtnahme vermissen läßt.[4]

---

1 Finger, ZBR 1965, S. 227
2 OVG Münster, ZBR 1965, S. 124
3 Bay Dienststrafhof, ZBR 1962, S. 396
4 Bay Dienststrafhof, a.a.O.

Dagegen überschreitet der Beamte die Grenze des Rechts der freien Meinungsäußerung nicht, wenn er einen Privatbrief mit unpassenden Äußerungen an einen höheren Ministerialbeamten richtet.[1] Die Wahl des Wortes "Machtergreifung" hinsichtlich eines Ministerwechsels stellt zwar ein Vergreifen im Ausdruck dar, enthält jedoch keine Diskriminierung oder Achtungsverletzung gegenüber dem Minister und ist auch objektiv nicht geeignet, dessen Ansehen zu beeinträchtigen.[2] Mit dieser differenzierten Betrachtungsweise wird dem Beamten der Schutz seiner Meinungsfreiheit gewährleistet. Dieses Grundrecht steht dem Beamten jedoch nicht schrankenlos zu.

Die hier zitierten Beispiele machen deutlich, daß es Leitlinien der Einschränkung der Meinungsfreiheit gibt, die auch einer verfassungsrechtlichen Nachprüfung standhalten.

Im folgenden soll untersucht werden, wie intensiv der Grundrechtsschutz des französischen Beamten ist. Dabei ist im Rahmen der vorliegenden Darstellung von besonderem Interesse, nach welchen Grundsätzen in Frankreich das Spannungsverhältnis zwischen Grundrechtsausübung des Beamten und der Funktionsfähigkeit der Verwaltung gelöst wird.

---

1 OVG Münster, ZBR 1965, S. 124
2 OVG Münster, a.a.O., S. 125

II. Einfluß der Grundrechte auf den Rechtsschutz des französischen Beamten

1. Grundrechte im französischen Recht

Die französische Verfassung von 1958 enthält im Unterschied zum Grundgesetz keinen Katalog von Grundrechten. Im Art. 2 sind lediglich der Gleichheitssatz und die Glaubensfreiheit sowie im Art. 66 das Verbot der willkürlichen Freiheitsentziehung normiert. Darüber hinaus verweist die Präambel der Verfassung von 1958 auf die Erklärung der Menschenrechte von 1789 sowie auf die Verfassungspräambel von 1946 mit ihrer detaillierten Aufzählung von Sozialrechten.

Die überwiegende Auffassung der französischen Lehre teilt die Präambelsätze in unmittelbar geltende Normen ("dispositions-règles") und unverbindliche Programmsätze ("dispositions-programmes") ein.[1]

Der Conseil d'Etat zieht die Bestimmungen der Erklärung der Menschenrechte von 1789 und der Präambel von 1946 nur sehr selten als unmittelbar geltende Rechtssätze heran. Er qualifiziert die Verfassungspräambel vielmehr als Erkenntnisquelle für die Anerkennung allgemeiner Rechtsgrundsätze ("principes généraux du droit").[2] Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz wird erst dadurch in das positive Recht eingeführt, daß der Verwaltungsrichter sich in seinen Entscheidungen auf ihn bezieht. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind eine Schöpfung des Conseil d'Etat und damit Richterrecht.[3] Die rechtsfortbildende Leistung des Conseil d'Etat ist bei der lückenhaften Aufzählung der Grundrechte in der französischen Verfassung

---

1 Burdeau, droit constitutionnel, S. 72
2 Batailler, S. 118 ff.; Rivero, le droit positif de la grève, Dr. Soc. 1951, S. 591
3 Auby-Drago, contentieux III, S. 21

besonders wichtig. Der Conseil d'Etat hat mit seiner Rechtsprechung zu den "principes généraux du droit" die Liste der positivrechtlichen Grundfreiheiten erheblich erweitert.

Im Gegensatz zur Rechtslage im deutschen Verfassungsrecht gibt es in Frankreich keine generelle richterliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen,[1] wenn sich auch durch die Entscheidung des Conseil constitutionnel vom 28.11.1973[2] hinsichtlich der Individualrechte eine gewisse richterliche Kontrollbefugnis abzeichnet.

Der Freiheitsschutz ist einseitig gegen die Exekutive gerichtet. Das Fehlen der richterlichen Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze ist historisch bedingt. Für die Grundfreiheiten ("libertés publiques") hat noch immer die traditionelle, auf die Lehre Rousseaus von dem Gesetz als Ausdruck des allgemeinen Willens ("volonté générale") zurückgehende Auffassung entscheidende Bedeutung, daß der Freiheit des Menschen von der gesetzgebenden Gewalt keine Gefahr drohe.[3] In Frankreich wird der Legislative mehr Vertrauen entgegengebracht. Man geht davon aus, daß ein öffentlich vor dem Parlament erörtertes Gesetz die staatsbürgerlichen Freiheitsrechte nicht beeinträchtigt und die größte Gefahr der Grundrechtsverletzung von den Maßnahmen der Exekutive zu erwarten ist.[4]

Der Verfassungsrat ("Conseil constitutionnel") hat nur in bestimmten Grenzen die Befugnis, Gesetze vor ihrer Ausfertigung für verfassungswidrig zu erklären. Diese dürfen dann weder verkündet noch ausgeführt werden.[5]

---

1 vgl. Duverger-Sfez. Die Grundrechte, S. 19
2 vgl. Vedel, in "Le Monde" vom 15.12.1973, S. 11
3 Burdeau, Droit constitutionnel, S. 104; Rivero, Libertés publiques, S. 140; Duverger-Sfez. a.a.O., S. 636
4 Duverger-Sfez. a.a.O., S. 636
5 Art. 62 der Verfassung von 1958

Der Conseil constitutionnel ist jedoch in der Verfassung von 1958 nicht als Verfassungsgericht im umfassendsten Sinne ausgestaltet. Er vereinigt in sich Elemente einer politischen und richterlichen Institution.[1] Wenn auch die Funktion dieser Einrichtung den Rechtsschutz gegenüber Grundrechtsverletzungen nicht ausschließt, so wirkt jedoch das Verfahren zur Anrufung des Verfassungsrates als Rechtsschutzbeschränkung. Der Verfassungsrat kann nämlich seine Befugnis, Gesetze vor ihrer Verkündung auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen, nur auf Antrag des Präsidenten der Republik, des Premierministers oder der Präsidenten der Nationalversammlung und des Senats ausüben.[2]

In Frankreich fehlt ein wirksamer verfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz. Deshalb kommt dem Verwaltungsstreitverfahren, und zwar überwiegend in der Form des "recours pour excès de pouvoir" für die Sanktion von Grundrechtsverletzungen die entscheidende Bedeutung zu.

Die Zulässigkeit der Anfechtungsklage erfordert nicht die Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts,[3] es reicht vielmehr aus, wenn ein Interesse an der Aufhebung eines Verwaltungsaktes dargetan wird.[4] Die Beeinträchtigung des persönlichen Lebensbereichs des Betroffenen, jeder Eingriff in ein Grundrecht durch die Exekutive eröffnet den Verwaltungsrechtsweg.[5]

Die Verletzung von Grundfreiheiten beinhaltet den Aufhebungsgrund der "violation de la loi"; unter diesem Klagegrund ist nämlich die Verletzung jeder Rechtsnorm zu fassen, an die die Verwaltung unmittelbar rechtlich

---

1 Eisenmann, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 257; Hauriou, André, Droit constitutionnel, S. 931; Batailler, S. 32
2 Art. 61 der Verfassung von 1958
3 s. oben, S. 39
4 Auby-Drago, contentieux II, S. 491 ff.; Fromont, Rechtsschutz, S. 209 ff.
5 Auby-Drago, contentieux II, S. 492

gebunden ist. Hierzu gehören die Normen der Verfassung einschließlich der Präambelsätze, die Gesetze sowie alle Rechtsverordnungen und die allgemeinen Rechtsgrundsätze.[1]

Verstößt ein Verwaltungsakt gegen eine verfassungsrechtlich anerkannte "liberté publique", dann wird er vom Verwaltungsgericht auf die Anfechtungsklage des Betroffenen hin aufgehoben, weil eine Gesetzesverletzung vorliegt.[2]

2. Grundrechte im Beamtenverhältnis

Es ist bereits dargestellt worden, daß es in der französischen Verwaltungsrechtswissenschaft keine Lehre von "den besonderen Gewaltverhältnissen" gibt.[3] Hieraus folgt, daß die rechtsstaatlichen Grundprinzipien grundsätzlich in der Gesamtheit der Beziehungen zwischen dem Bürger und dem Staat gelten. Der französische Beamte bleibt ein Bürger ("citoyen") unabhängig davon, in welchem Verhältnis er sich zum Staat befindet.[4] Der Beamte genießt wie jeder andere Staatsbürger den Schutz der Freiheitsrechte.[5] Die entscheidende Frage ist jedoch, in welchem Verhältnis die zulässige Einschränkung der Grundrechte des Beamten zu der Freiheitsbeschränkung der übrigen Bürger steht.

Der Gesetzgeber hat zwar im Beamtenstatut von 1959 das Beamtenverhältnis gesetzlich ausgestaltet, das Ausmaß der Einschränkung der Grundrechte des Beamten ist dagegen gesetzlich nicht bestimmt. Der Conseil d'Etat hat im einzelnen die Schranken der Freiheitsrechte herausgearbeitet und den allgemeinen Gedanken entwickelt,

---

1 Vedel, Droit administratif, S. 523; Waline, Droit administratif, S. 463
2 Duverger-Sfez., Die Grundrechte, S. 635; Fromont, Rechtsschutz, S. 261
3 s. oben, S. 10
4 Donnedieu de Vabres, E.D.C.E. 1949, S. 39; Siorat, R.D.P. 1960, S. 504
5 Bourdoncle, fonction publique, S. 20; Carcelle et Mas, Rev.adm. 1958, S. 606 (607)

daß die Beschränkungen der Grundrechte insoweit zulässig sind, als sie im Interesse des Dienstes ("dans l'intérêt du service") erforderlich sind.[1]

Welche Einschränkungen bei den verschiedenen Freiheitsrechten von der Rechtsprechung als mit den Erfordernissen des Dienstes vereinbar angesehen werden, wird im einzelnen am Beispiel der Grundrechte des gleichen Zugangs aller zu den öffentlichen Ämtern und der Meinungsfreiheit erörtert.

a) Gleicher Zugang zu den öffentlichen Ämtern ("égalité d'accès aux emplois publics")

Das Prinzip des gleichen Zugangs zu den öffentlichen Ämtern ist als Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes für den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz des französischen Beamten von besonderer Bedeutung. Es gibt im Gegensatz zur Regelung im deutschen Recht keine Verfassungsbeschwerde, mit der Rechtsschutz gegen Grundrechtsverletzungen gewährt wird.

Der Conseil d'Etat sieht das Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern als ein allgemeines Rechtsprinzip ("principe général du droit") an,[2] das seine Grundlage im Art. 6 der Erklärung der Menschenrechte von 1789 und dem durch die Verfassung von 1958 bestätigten Abs. 5 der Präambel der Verfassung von 1946 hat.

Das Maß der zulässigen Einschränkung des Rechts auf gleichen Zugang ist in eindrucksvoller Weise vom Conseil d'Etat bestimmt worden. Ein Höhepunkt der Rechtsprechung war bereits im Jahre 1953 die Entscheidung Barel.[3]

---

1 Letourneur, concl. zu C.E. 28-5-1954, Barel, R.D.P. 1954, S. 509
2 C.E. 28-5-1954, Barel, Sirey 1954.3.97, note Mathiot, D. 1954.J.594, note Morange, R.D.P. 1954, S. 509, concl. Letourneur, note Waline
3 C.E. 28-5-1954, Sirey 1954.3.97, note Mathiot; s. oben, S. 72

Neben den bereits erörterten prozessualen Aspekten dieser Entscheidung hat der Conseil d'Etat Inhalt und Grenzen des Rechts auf gleichen Zugang festgelegt. Das Gericht hat klargestellt, daß die Streichung eines Kandidaten von der Zulassungsliste des concours der"Ecole Nationale d'Administration"das Prinzip des gleichen Zugangs verletzt, wenn sie sich ausschließlich auf die politische Überzeugung des Bewerbers stützt.[1] Der Conseil d'Etat hat in einer liberalen Auslegung des Grundrechts auf gleichen Zugang klar zum Ausdruck gebracht, daß die Verwaltung ihr Ermessen bei der Zulassung zum concours überschreitet, wenn sie die Ablehnung eines Kandidaten allein auf dessen politische Auffassung stützt. Politische Auffassungen kommen nur dann als Ablehnungsgrund in Betracht, wenn der Bewerber diese öffentlich in einer Weise propagiert hat, die der Zurückhaltungspflicht widerspricht.[2]

Der Conseil d'Etat hat demzufolge kurze Zeit nach der Entscheidung Barel den Ausschluß eines Kandidaten von der"Ecole Nationale d'Administration"für rechtmäßig erklärt, weil der Bewerber an einer von der Regierung verbotenen Demonstration teilgenommen hatte.[3]

Letourneur hat die lapidare Begründung des Conseil d'Etat im Fall Barel noch dahingehend erweitert, daß ein Bewerber nicht schon wegen seiner Zugehörigkeit zu einer Partei vom öffentlichen Dienst ausgeschlossen werden darf.[4]

Die Differenzierung zwischen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Anschauung und der Manifestation einer Meinung hat bereits Helbronner in seinen Schlußfolgerungen

---

1 "l'autorité ne peut exclure un candidat en se fondant exclusivement sur ses opinions politiques"
2 vgl. Letourneur, concl. zu C.E. 28-5-1954, Barel, Sirey 1954.3.97,S.528
3 C.E. 19-7-1953, Lingois, D.1954.J.99, note Morange
4 Letourneur, concl. zu C.E. 28-5-1954, Barel, R.D.P.1954, S. 528

im Fall Bouteyre treffend mit den folgenden Worten herausgearbeitet:[1]

"Sans doute, pour l'appréciation de ces qualités fonctionnelles le ministre ne doit-il pas se borner sur les idées présumées, les opinions politiques ou religieuses du candidat. Les opinions, les idées échappent au contrôle de l'autorité; et reconnaître au ministre le droit d'exclure un candidat qui pratique telle ou telle opinion philosophique ou politique serait une atteinte inadmissable à la liberté des citoyens."

Die Bedeutung dieser liberalen und demokratischen Auslegung des Rechts auf gleichen Zugang wird gerade in der vorliegenden Untersuchung sichtbar und soll bei der Vergleichung der in beiden Rechtsordnungen bestehenden Rechtsschutzprobleme noch gewürdigt werden.

Aber auch in Frankreich werden Bedenken gegen die liberale Haltung der Rechtsprechung erhoben.[2] So wird in der Aufnahme von Feinden der Demokratie in den öffentlichen Dienst eine gewisse Gefahr für den Bestand des Staates gesehen. Diesen Bedenken ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Aufnahme von Mitgliedern radikaler Parteien in den öffentlichen Dienst nicht als Schwäche des Staates, sondern vielmehr als ein Beweis seiner Stärke anzusehen ist. Hierin zeigt sich nämlich das Vertrauen des Staates in die Beständigkeit und Zuverlässigkeit seiner Einrichtungen. Hinzu kommt, daß in Frankreich wie in der Bundesrepublik das Argument, die Demokratie gebe sich selbst auf durch die Aufnahme von Mitgliedern kommunistischer Parteien in den öffentlichen Dienst, schon

---

1 D. 1914.J.75
2 Mathiot, Sirey 1954.3.100

deshalb nicht überzeugt, weil in beiden Ländern die kommunistische Partei eine legale Partei ist. Wenn im Staat die Stellung des Abgeordneten eine außerordentlich bedeutsame Position ist, dann müßte man konsequenterweise einen Kommunisten nicht als Abgeordneten zulassen. Solange die kommunistische Partei eine legale Partei ist, ist der Ausschluß ihrer Mitglieder vom öffentlichen Dienst rechtswidrig, soweit er allein auf die Parteizugehörigkeit gestützt wird.[1]

Ebenso wie die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei den Ausschluß vom öffentlichen Dienst nicht rechtfertigt,ist die Ablehnung der Einstellung eines Kandidaten wegen seiner religiösen Überzeugungen ("croyances religieuses") vom Conseil d'Etat aufgehoben worden.[2]

Eine weitere Ausprägung des Prinzips des gleichen Zugangs und damit des allgemeinen Gleichheitssatzes ist die Gleichbehandlung der Geschlechter im öffentlichen Dienst. Im Zuge der sozialen, intellektuellen und rechtlichen Emanzipation der Frau in der Gesellschaft ist insbesondere nach 1945 eine immer größer werdende Anzahl von Frauen in den öffentlichen Dienst eingetreten.[3] Nachdem der Conseil d'Etat mit der Entscheidung Bobard[4] noch vor der Verkündung des Grundsatzes der Gleichberechtigung in der Verfassung von 1946 der Frau das gleiche Recht auf Zugang zum öffentlichen Dienst wie dem Mann zugestanden hat, ist dieser Grundsatz heute neben seiner verfassungsrechtlichen Ausprägung im Art. 7 des Beamtenstatuts von 1959 verankert. Wird eine Frau unter Verletzung des Gleichberechtigungsgrundsatzes nicht in

---

1 Waline, note zu C.E. 28-5-1954, Barel, R.D.P. 1954, S. 518
2 C.E. 10-5-1912, Abbé Bouteyre, D.1914.J.74; C.E. 25-7-1939, Dlle Beis, Rec. 524; C.E. 3-5-1950, Dlle Jamet, Rec. 247
3 Debbasch, D.1961, chron. S. 137
4 C.E. 3-7-1936, D.1937.J.38

den öffentlichen Dienst eingestellt oder in ihrem Fortkommen beeinträchtigt, dann unterliegen die entsprechenden Entscheidungen der verwaltungsgerichtlichen Aufhebung. Im Fall Oster[1] hatte eine Regierungsverordnung die Altersgrenze für die Zulassung zu bestimmten Ämtern zugunsten verheirateter oder verwitweter männlicher Bewerber herabgesetzt. Die Klägerin, eine Witwe mit minderjährigen Kindern, wandte sich im Klagewege gegen die hierin liegende Verletzung des Gleichberechtigungsgrundsatzes. Der Conseil d'Etat legte die umstrittene Vorschrift ergänzend dahin aus, daß sie auch für Witwen gelte.

Die Rechtsprechung überwacht in allen Bereichen des öffentlichen Dienstes die Einhaltung des Gleichberechtigungsgrundsatzes. Der Zugang zur Richterschaft[2] darf einer Frau ebensowenig verwehrt werden wie eine Beförderung[3] oder die Zulassung zu einer praktischen Ausbildung nach bestandenem Universitätsexamen.[4]

Das Prinzip der Gleichberechtigung wird naturgemaß dort eingeschränkt, wo aufgrund der besonderen Bedingungen, wie z. B. im Bereich der Exekutivbefugnisse der Polizei, die Tätigkeit nur von Männern wahrgenommen werden kann.[5]

Bevor das Recht auf gleichen Zugang rechtsvergleichend gewürdigt wird, soll zunächst noch die Meinungsfreiheit des französischen Beamten erörtert werden.

b) Meinungsfreiheit ("liberté d'opinion")

Der Grundsatz der Meinungsfreiheit ist verfassungsrechtlich anerkannt.[6] Der französische Beamte kann grundsätz-

---

1 C.E. 20-10-1950, Rec. 508
2 C.E. 3-12-1948, Dame Louys, Rec. 451
3 C.E. 22-4-1960, Dame Legrand, Rec. 261
4 T.A. Rennes, 20-10-1965, Dame Ropars, Rec. 786 (zit. nach Plantey I, S.153)
5 vgl. Plantey I, S. 154; C.E. 7-4-1948, Dame Chotimliansky, Rec. 149
6 Art. 10 der Erklärung der Menschenrechte von 1789

lich wie jeder andere Bürger von seiner Meinungsfreiheit Gebrauch machen.[1] Einschränkungen dieser Grundfreiheit ergeben sich jedoch aus der besonderen Stellung des Beamten als eines "citoyen spécial",[2] der eine Reihe besonderer Pflichten zu erfüllen hat.

Die Einschränkung der Meinungsfreiheit des Beamten hängt von mehreren Faktoren ab. Zunächst ist zu unterscheiden zwischen der Meinungsäußerungsfreiheit und der Freiheit der Überzeugung. Darüber hinaus ist von Bedeutung, ob der Beamte im Dienst oder außerhalb des Dienstes von seiner Meinungsfreiheit Gebrauch macht. Schließlich wird das Maß der Freiheit durch die Art der Stellung und die Bedeutung der Funktion des Beamten bestimmt.[3]

(1) Gewissensfreiheit ("liberté de conscience")

Die Freiheit der religiösen, politischen und weltanschaulichen Überzeugung unterliegt grundsätzlich keinen Einschränkungen.[4]

Die Rechtsprechung des Conseil d'Etat garantiert die Gewissensfreiheit bei der Benachteiligung von Beamten aufgrund religiöser Anschauungen und der Zugehörigkeit zu einer politischen Partei.

Im Fall Jamet[5] hat der Conseil d'Etat die Entscheidung der Behörde aufgehoben, mit der die Aufnahme einer Hilfslehrerin in die Liste der Bewerber für eine Planstelle verweigert worden war, weil mit dieser Entscheidung in die Freiheit der religiösen Überzeugung eingegriffen wurde. Die Hilfslehrerin Jamet hatte lediglich während

---

1 Colliard, Libertés publiques, S. 325; Burdeau, Libertés publiques, S. 335; Kesler, Rev.adm. 1966, S. 363
2 Siorat, R.D.P. 1960, S. 504; Biays, D.1954, chron. S. 105
3 Laurent, concl. zu C.E. 1-10-1954, Guille, Rev.adm.1954, S. 516
4 Silvera, fonction publique, S. 144; Catherine, S. 45
5 C.E. 3-5-1950, Rec. 247, Sirey 1951.3.73, note Delpech

ihrer Freizeit einen konfessionellen Kreis besucht, im übrigen aber ihre Neutralitätspflicht bei der Ausübung des Dienstes nicht verletzt. So wie die Zugehörigkeit zu einer Konfession durch die "liberté de conscience" garantiert wird, steht auch die Mitgliedschaft in einer Partei unter dem Schutz dieses Freiheitsrechts. Die politischen Parteien, welche die Grundsätze der nationalen Souveränität und der Demokratie achten, sind durch Art. 4 der Verfassung von 1958 anerkannt worden. Daher besteht kein Anlaß mehr, zwischen der Zugehörigkeit zu einer Konfession und der Mitgliedschaft in einer Partei im Hinblick auf die Garantie der Freiheitsrechte einen Unterschied zu machen. Der Besuch eines Gottesdienstes unterscheidet sich unter dem Aspekt der Neutralität des Beamten nicht von der Teilnahme an einer politischen Versammlung.[1]

Der Conseil d'Etat hat in dem bereits eingehend erörterten Fall Barel[2] aus dieser Einsicht rechtliche Schlüsse gezogen. Das Gericht hat auch im Fall Guille[3] bestätigt, daß die reine Zugehörigkeit zur kommunistischen Partei für sich allein kein Dienstvergehen darstellt und keine Disziplinarmaßnahme rechtfertigt.

Guille, der 1947 zum Schulrat ernannt worden war, ist wegen seines Beitritts zur kommunistischen Partei durch eine Entscheidung des Erziehungsministers von seinem Amt entbunden worden und für die Stelle eines Direktors eines Gymnasiums abgeordnet worden. Der Conseil d'Etat sah hierin keine Versetzung im dienstlichen Interesse, sondern eine Zurückstufung von einem höheren zu einem niedrigeren Amt, die rechtmäßig nur durch ein Disziplinar-

1 Fourrier, Liberté d'opinion du fonctionnaire, S. 5
2 C.E. 28-5-1954, Sirey 1954.3.97, note Mathiot
3 C.E. 1-10-1954, Rec. 496, D. 1955.J.431, note Braibant, Rev.adm.1954, S. 512, concl. Laurent

verfahren vorgenommen werden darf. Da der Erziehungsminister nicht in der Lage war, Gründe zur Rechtfertigung einer disziplinarrechtlichen Zurückstufung anzugeben, hob der Conseil d'Etat die Entscheidung des Ministers wegen Gesetzesverletzung auf. Der "commissaire du gouvernement" Laurent[1] hat in seinen Schlußfolgerungen zur Entscheidung Guille[2] die Grenzen der Inanspruchnahme der Freiheitsrechte durch die Beamten in einer eingehenden Analyse bestimmt. Danach ist im Einzelfall zu untersuchen, in welcher Weise die Ausübung der Meinungsfreiheit dienstliche Belange berührt und wann die Erfordernisse des Dienstes sich gegenüber der Meinungsfreiheit durchsetzen.
Dabei darf die Beachtung der dienstlichen Belange nicht dazu führen, daß der Beamte sich regierungstreu verhalten muß. Laurent[3] macht deutlich, daß es einer Vermengung von dienstlichem Interesse und Regierungsinteresse gleichkomme, wenn die reine Zugehörigkeit zu einer politischen Partei als Beeinträchtigung der dienstlichen Belange angesehen wird. Andererseits müsse der Staat darüber wachen, daß die Ausübung der Freiheitsrechte nicht zu schweren Störungen innerhalb der Verwaltung führe.

Im Fall Guille hat es in der Nationalversammlung wegen der Intervention zweier Abgeordneter einen gewissen Wirbel gegeben. Die parlamentarischen Proteste haben sich jedoch weder auf das Verhältnis zwischen Guille und dessen Kollegen ausgewirkt noch zu irgendwelchen Einwänden seitens der Eltern der Gymnasiasten geführt. Laurent hat klar zum Ausdruck gebracht, daß der Zwischenfall auf der "Tribüne der Nationalversammlung" keine empfindliche Störung des Funktionsablaufs der Verwaltung zur Folge gehabt habe.

---

1 s. oben, S. 45, Fußnote 1
2 Rev.adm. 1954, S. 512 (515 u. 516)
3 a.a.O., S. 516

Wenn es hier auch um im Einzelfall schwierige Abgrenzungsfragen geht, so zeigt doch der Fall Guille, daß eine nuancierte Betrachtung aller Umstände und eine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem dienstlichen Interesse zu einem sachgerechten Ergebnis führen kann. Eine solche Abwägung nützt der Autorität des Staates mehr, als wenn von vornherein die Mitgliedschaft in einer bestimmten politischen Partei als mit den dienstlichen Interessen nicht vereinbar angesehen wird.
Dabei wird nicht verkannt, daß es auch in Frankreich Stimmen gibt, die in der von der h.L. und Rechtsprechung vertretenen Auffassung die Gefahr der kommunistischen Unterwanderung der Beamtenschaft sehen und auf das Verbot der KPD in der Bundesrepublik hinweisen.[1]

Bourdoncle[2] fordert auch für Frankreich die Einführung eines Treueides ("serment de fidélité politique"), mit dem der Beamte auf jegliche kommunistische Aktivität verzichten soll.

(2) Meinungsäußerungsfreiheit ("liberté d'expression")

Die Intensität des Rechtsschutzes des Beamten gegen Maßnahmen des Dienstherrn, die sich gegen die Meinungsäußerungsfreiheit richten, soll anhand der Rechtsprechung des Conseil d'Etat überprüft werden.

Der Verwaltungsrichter hat in Frankreich im einzelnen die Grenzen der besonderen Pflichten des Beamten bei der Meinungsäußerung abgesteckt. Dabei sind drei Grundprinzipien von Bedeutung, die den Inhalt der beamtenrechtlichen Pflichten bei der Meinungsäußerung bestimmen:

---

1 Bourdoncle, fonction publique, S. 152
2 Bourdoncle, a.a.O., S. 187

die Loyalität ("le loyalisme"), die Zurückhaltungspflicht ("l'obligation de réserve") und der Konformismus ("le conformisme").

(a) Loyalität ("loyalisme")

Das französische Beamtenstatut von 1959 kennt nicht den Begriff des Treueverhältnisses zwischen dem Staat und seinen Bediensteten; das Fehlen einer gesetzlichen Regelung hat jedoch nicht zur Folge, daß der Beamte dem Staat gegenüber nicht durch besondere Pflichten gebunden wäre. Er hat die Pflicht zur vollen Hingabe ("dévouement total") an das ihm übertragene Amt,[1] zu einem würdigen Lebenswandel ("dignité de la vie"),[2] zur Redlichkeit ("probité") und Unparteilichkeit ("impartialité").[3] Die Pflicht zur Ergebenheit wird von Catherine[4] als ein Aspekt der Loyalität gegenüber der Nation betrachtet; diese Loyalität beinhalte nichts anderes als Treue zum Staat ("fidélité à l'Etat"),[5] die jener mit einem besonderen Schutz des Beamten belohne.

Die Loyalitätspflicht wird in der französischen Lehre zwar überwiegend bejaht,[6] sie unterliegt jedoch gewissen Einschränkungen. Während Silvera[7] davon ausgeht, jeder Beamte sei zur Loyalität gegenüber dem Staat verpflichtet, bringt Rivero[8] zum Ausdruck, es sei schwierig zu beantworten, inwieweit der Beamte zur Loyalität verpflichtet sei. Einerseits sei zwar zuzugeben, daß die Verwaltung nicht mit Beamten arbeiten könne, welche die Grundprinzipien des demokratischen Staates ablehnen, andererseits sei es für jede Regierung verlockend, die Loyalitätspflicht nicht nur auf die Gesamtheit des Regimes,

---

1 Catherine, S. 144; Plantey I, S. 166 u. 459; Biays, D.1954, chron.S.106
2 Plantey I, S. 166
3 Silvera, fonction publique, S. 125; Plantey I, S. 459
4 S.115
5 Catherine, S. 115
6 Plantey I, S. 94-96; Catherine, S. 117; Waline, Liberté politique, Rev.adm. 1958, S. 5; Bourdoncle, fonction publique, S. 75
7 Fonction publique, S. 146
8 Libertés publiques, S. 261

sondern auch auf dessen einzelne Mitglieder auszudehnen.[1] Es werden hiermit Bedenken gegen eine zu ausgedehnte Loyalitätspflicht geäußert. Vom normalen Beamten könne man nämlich nur ein Minimum an Loyalität verlangen.[2]

Demgegenüber lehnt Fourrier[3] eine Loyalitätspflicht des Beamten uneingeschränkt ab. Diese Pflicht sei nichts anderes als die Negation der Freiheit, ihre Aufrechterhaltung durch die Lehre entspreche nicht mehr den tatsächlichen Verhältnissen.

Wird in der Loyalitätspflicht eine Treueverpflichtung zum Staat gesehen und keine Ergebenheit gegenüber wechselnden Regierungen, dann ist die Auffassung der h.L. in Frankreich gerechtfertigt.

Auch die Rechtsprechung fordert vom Beamten ein gewisses Maß an Loyalität. Der Conseil d'Etat hat einen Verstoß gegen die Loyalitätspflicht darin gesehen, daß der Direktor eines Gymnasiums während der Besetzung Frankreichs durch deutsche Truppen sich innerhalb und außerhalb des Unterrichts für eine Zusammenarbeit mit Deutschland ausgesprochen hat.[4]

Der Conseil d'Etat hat im übrigen die Weigerung eines Direktors einer Schule, an den offiziellen Feierlichkeiten zum Gedenken an den 11. November 1918 teilzunehmen, als Dienstvergehen angesehen[5] und im Fall Beville[6] die Zurückstufung eines Beamten für rechtmäßig erklärt, da dieser als Bediensteter für Angelegenheiten der überseeischen Gebiete während eines Aufenthaltes im Mutter-

---

1 Rivero, Libertés publiques, S. 161
2 Rivero, a.a.O., S. 261
3 Liberté d'opinion du fonctionnaire, S. 312
4 C.E. 21-2-1947, Carricaburu, Rec. 69; vgl. auch: C.E. 7-11-1947, Dame Rivière, Rec. 410; C.E. 13-7-1965, Gauthier, Rec. 436; C.E. 9-6-1967, Mallein, A.J.D.A. 1968, S. 249
5 C.E. 5-11-1952, Vrecord, Rec. 487
6 C.E. 8-1-1964, Rec. 15

land an der Einberufung und Durchführung eines Kongresses teilgenommen hatte, der für die Unabhängigkeit der überseeischen Departements eintrat.

Der Conseil d'Etat prüft in diesem Zusammenhang, ob aufgrund der gesamten tatsächlichen Umstände eine Verletzung der Loyalitätspflicht vorliegt. Zur Rechtfertigung einer Sanktion gegen einen Beamten sind mehrfache anti-nationale Äußerungen erforderlich.[1] Eine einzige Äußerung genügt nur dann, wenn diese in ganz besonders eklatanter Form gegen die Loyalitätspflicht verstößt. Die öffentliche Erklärung: "Die rote Fahne wird die schändliche Trikolore niederreißen" ist vom Conseil d'Etat als ein derartiger Verstoß gewertet worden.[2]

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß die Loyalitätspflicht des französischen Beamten eine negative Pflicht ist, der Beamte hat sich jeder anti-loyalen Äußerung zu enthalten, ein Loyalitätsbekenntnis wird von ihm jedoch nicht verlangt.

(b) Zurückhaltungspflicht ("obligation de réserve")

Das Beamtenstatut von 1959 enthält keine Regelung der Zurückhaltungspflicht; nur für die Richter gilt das Verbot jeglicher politischen Meinungsäußerung, die mit der zur Ausübung des Richteramtes gebotenen Zurückhaltung unvereinbar ist.[3] Für alle übrigen Beamten hat die Rechtsprechung des Conseil d'Etat Inhalt und Grenzen der "obligation de réserve" bestimmt.

Das Maß der Zurückhaltungspflicht des Beamten hängt zunächst davon ab, ob er in Ausübung des Dienstes oder

---

1 C.E. 7-11-1947, Dame Rivière, Rec. 410
2 C.E. 25-1-1935, Defrance, Rec. 105
3 Art. 10, ord.no 58-1270 du 22 déc. 1958, JO 23 déc., 11551

außerhalb des Dienstes seine Meinung äußert.[1]

aa) Meinungsäußerung außerhalb des Dienstes

Die Rechtsprechung des Conseil d'Etat stellt zwar an das Verhalten des Beamten außerhalb des Dienstes weniger strenge Anforderungen, verlangt jedoch die Beachtung bestimmter Grundpflichten auch im privaten Bereich.[2] Vom Beamten wird ein würdiger Lebenswandel[3] gefordert; er ist verpflichtet, sich jeglicher Straftaten zu enthalten, Skandale zu vermeiden[4] und auf geordnete häusliche Verhältnisse zu achten.[5]

Für das Vorliegen eines Verstoßes gegen die Zurückhaltungspflicht kann sowohl die Form der Meinungsäußerung als auch deren Inhalt maßgebend sein. Die Kritik des Beamten soll nicht in beleidigender und ungebührlicher Form geäußert werden.[6] Der Conseil d'Etat hat die Entlassung eines Gemeindesekretärs für rechtmäßig erklärt, die sich auf heftige Angriffe gegen den vorgesetzten Bürgermeister in einem Zeitungsartikel stützte.[7] Das Gericht sah in diesem Verhalten einen besonders schwerwiegenden Verstoß gegen die Zurückhaltungspflicht.

Morange[8] begründet die Verletzung der "obligation de réserve" in diesen Fällen damit, daß hier die Fortsetzung der Dienstausübung erheblich erschwert werde. Bourdoncle[9] ist der Auffassung, es sei nicht möglich, daß der betreffende Gemeindesekretär der Untergebene

---

1 Plantey I, S. 183; Morange, D.1953, chron. S. 154; Biays, D. 1954, chron. S. 105; Burdeau, Libertés publiques, S. 199
2 C.E. 19-12-1919, Chobeaux, Rec. 940; Plantey I, S. 183
3 Auby-Ducos-Ader, précis, S. 149; Plantey I, S. 126 und 184
4 C.E. 16-7-1947, Bensmain Ghalem Ben Hadj, Rec. 319; C.E. 22-6-1959, Fery, Rec. 298
5 C.E. 16-3-1962, Cie des tramways électriques d'Oran, Rec. 176
6 C.E. 8-1-1965, le Nulzec, Rec. 13; C.E. 10-1-1969, Melero, Rec. 24
7 C.E. 11-7-1939, Ville d'Armentières, Rec. 468
8 D. 1953, chron. S. 154
9 Fonction publique, S. 100

eines Bürgermeisters bleiben könne, weil er diesen in der Presse scharf angegriffen habe. Der Hintergrund dieser Anmerkungen ist der Gedanke, daß es widersinnig ist, auf der einen Seite die staatliche Autorität zu repräsentieren, ihr aber auf der anderen Seite die Solidarität zu versagen.

Als Beispiele für den genannten "Autoritätskonflikt" lassen sich die Entscheidungen des Conseil d'Etat: Coquand, Magnin, Jannès und Kowalewski anführen.

Im Fall Coquand[1] hatte eine Verwaltungsbedienstete vor dem Eingang ihrer Dienststelle Flugblätter an ihre Kollegen verteilt, in denen zur Teilnahme an einem illegalen Streik aufgerufen wurde. Der Conseil d'Etat sah hierin einen Verstoß gegen die Zurückhaltungspflicht.

Im Fall Magnin[2] entschied der Conseil d'Etat, daß es mit der Stellung eines Gendarmerie-Unteroffiziers nicht zu vereinbaren sei, in der Nähe der Polizeidienststelle an Passanten und Kollegen Flugblätter zu verteilen, die an der Haltung der Polizei während eines Streiks heftige Kritik übten.

Im Fall Jannès[3] hatte ein Postbeamter im Wahlkampf öffentlich gegen seinen Minister Partei ergriffen. Jannès ließ es nämlich zu, daß eine dienstliche Stellungnahme, in der er die Amtsführung seines Ministers kritisiert hatte, in einem Flugblatt eines Gegenkandidaten des Ministers abgedruckt wurde, und nahm im übrigen an einer Wahlveranstaltung dieses Gegenkandidaten teil, die seine kritische Stellungnahme zur Amtsführung des Ministers zum Gegenstand hatte. Der Conseil d'Etat

---

1 C.E. 12-10-1956, Rec. 362
2 C.E. 10-2-1952, Rec. 117
3 C.E. 10-3-1971, Rec. 202

hat die Versetzung von Jannês in den Ruhestand für rechtmäßig erklärt, weil dessen Verhalten einen schwerwiegenden Verstoß gegen die Zurückhaltungspflicht beinhaltete.

In besonders schwerwiegenden Fällen sind auch Meinungsäußerungen außerhalb des Dienstes geeignet, sogar die Entlassung eines Beamten zu rechtfertigen.
Im Januar 1951 sind während eines Besuchs des damaligen Präsidenten der USA, Eisenhower, in Frankreich Demonstrationen gegen die Wiederbewaffnung Deutschlands organisiert worden. Die Postbeamtin Kowalewski beteiligte sich an einer nicht genehmigten Demonstration und hielt als Mitglied einer Delegation französischer Frauen eine Rede, obwohl der Postminister alle ihm unterstellten Beamten vor der Teilnahme an dieser Demonstration gewarnt hatte. Die Beamtin wurde unter Aberkennung ihrer Pensionsansprüche entlassen, ihr Verhalten also mit der schwerwiegendsten Disziplinarstrafe geahndet. Der Conseil d'Etat hat diese Maßnahme mit der knapp gehaltenen Begründung für rechtmäßig erklärt, daß die Teilnahme an einer nicht genehmigten Demonstration trotz der vom Minister ausgesprochenen Warnung im Hinblick auf den Charakter dieser Demonstration einen Verstoß gegen die Zurückhaltungspflicht beinhalte, der die verfügte Entlassung rechtfertige.[1]

Die genannten Entscheidungen des Conseil d'Etat machen deutlich, daß die Unterscheidung zwischen Meinungsäußerungen im und außerhalb des Dienstes für sich allein keine allzu große Bedeutung hat; nach der Rechtsprechung kommt es mehr darauf an, ob die Meinungsäußerung mit der dienstlichen Stellung des Beamten vereinbar ist.

---

1 C.E. 27-5-1955, Kowalewski, D.1955.J.687, note Morange; vgl. auch: C.E. 12-10-1956, Dlle Cochard, R.D.P. 1957, S. 194

Diese Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit des Beamten wird jedoch nicht von der gesamten Lehre in Frankreich hingenommen. Fourrier[1] ist der Auffassung, daß die Meinungsäußerung außerhalb des Dienstes Privatsache sein muß. Die Meinungsfreiheit, die durch eine Zurückhaltungspflicht eingeschränkt werde, sei eine Täuschung;[2] die Zurückhaltung werde vom Beamten nicht wegen der Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Verwaltung verlangt, sondern um dem Beamten eine Treuepflicht aufzuerlegen.

Der Fall Kowalewski hat gezeigt, daß die Zurückhaltungspflicht sehr weit gehen kann. Die Rechtsprechung geht dabei mehr von einer formellen Definition der Zurückhaltungspflicht aus und untersucht nicht den Inhalt der Meinungsäußerung danach, ob diese regierungsfreundlich oder -feindlich ist, sondern lediglich die Form der Meinungsäußerung. Eine objektive Beurteilung dieser Form ist jedoch äußerst schwierig, die Kritik von Fourrier ist daher in gewisser Weise berechtigt. Der Rechtsschutz des Beamten ist nämlich insoweit von der mehr oder minder liberalen Tendenz des Verwaltungsrichters abhängig.[3]

bb) Meinungsäußerungen im Dienst

Der französische Beamte ist zur unparteiischen Amtsführung verpflichtet.[4] Zu dieser Pflicht gehört das Verbot, bestimmte Abzeichen zu tragen, die den Beamten als Parteimitglied erkennen lassen oder auf seine Zugehörigkeit zu einer religiösen Gruppe hinweisen.[5] Der Beamte

---

1 Liberté d'opinion du fonctionnaire, S. 307
2 Fourrier, a.a.O., S. 370 und 371
3 Carcelle et Mas, Rev.adm. 1958, S. 618
4 Plantey I, S. 459; Silvera, fonction publique, S. 125
5 C.E. 28-4-1938, Dlle Weiss, D.1939.J.4, note Waline

hat sich im übrigen im Dienst parteipolitischer Meinungsäußerungen zu enthalten, seine Amtsführung muß neutral sein.[1] Die Neutralitätspflicht hat im religiösen Bereich besondere Bedeutung. Das französische Schulwesen wird von dem Grundsatz der "laîcité" beherrscht, d. h. einer vollständig von religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen losgelösten Darbietung des Unterrichtsstoffes.[2] Diesen allgemeinen Grundsatz hat der Conseil d'Etat dahingehend erweitert, daß alle Beamten sich im Hinblick auf den religiösen Bereich neutral zu verhalten haben. Andererseits hat der Conseil d'Etat die Grenzen dieser Neutralitätspflicht nicht zu eng gezogen und zum Ausdruck gebracht, ein Verstoß gegen diese liege dann nicht vor, wenn ein Bewerber für eine Lehrerstelle in einer konfessionell ausgerichteten Lehranstalt studiert habe,[3] wenn ein Lehrer kein Geheimnis aus seiner religiösen Überzeugung mache[4] oder in seiner Freizeit kirchliche Veranstaltungen besuche.[5]

Diesen Entscheidungen liegt der allgemeine Gedanke zugrunde, daß sich die Existenz der Religion nicht vollständig aus dem Unterricht eliminieren läßt, weil trotz der Trennung von Kirche und Staat bestimmte Beziehungen zwischen beiden Institutionen fortbestehen.

---

1 C.E. 3-5-1950, Dlle Jamet, Rec. 247; Plantey I, S. 459
2 vgl. hierzu: Rivero, notion de la laîcité, D. 1949, chron. S. 137
3 C.E. 25-7-1939, Dlle Beis, Rec. 524
4 C.E. 8-12-1948, Dlle Pasteau, Rec. 464
5 C.E. 3-5-1950, Dlle Jamet, Rec. 247; Sirey 1951.3.73, note Delpech
6 Rivero, note zu C.E. 8-12-1948, Dlle Pasteau, Sirey 1949.3.41

Rechtsvergleichendes Ergebnis

Das System der "libertés publiques" unterscheidet sich von dem der deutschen Grundrechte. In Frankreich kommt dem Verfassungsprozeßrecht im Hinblick auf den Grundrechtsschutz eine geringere Bedeutung zu. Dies beruht auf der französischen Grundrechtskonzeption, wonach der Freiheitsschutz sich traditionell und vornehmlich gegen die Exekutive richtet und mit Mitteln des Verfassungsprozesses ein Individualrechtsschutz nicht gewährt werden kann.

Wie im deutschen Grundrechtssystem haben die Grundfreiheiten nach der in Frankreich herrschenden Auffassung verfassungsrechtlichen Rang. Sie sind im wesentlichen in und nach Maßgabe der Verfassungspräambel kodifiziert. Im Unterschied zum deutschen Recht sind sie in mehreren Verfassungstexten niedergelegt.

Die "libertés publiques" werden von der Rechtsprechung des Conseil d'Etat in der Form der "principes généraux du droit" als geltendes Recht anerkannt. Ihre Sicherung ist in Frankreich ausschließlich den Verwaltungsgerichten vorbehalten.

In beiden Rechtsordnungen gelten die Grundrechte auch im Beamtenverhältnis. Während dieser Grundsatz in Deutschland noch zur Zeit der Weimarer Verfassung nicht anerkannt war, widersprach es von Anfang an der von den Prinzipien der Gleichheit und Freiheit geprägten Rechtstradition Frankreichs, den Rechtsschutz in bestimmten Sonderverhältnissen auszuschließen. Dementsprechend entstand in Frankreich keine Lehre von dem "besonderen Gewaltverhältnis". Nach der dort herrschenden Auffassung

gelten die rechtsstaatlichen Grundsätze allgemein und der Status eines freien Bürgers bleibt dem einzelnen auch dann erhalten, wenn er als Beamter ein "besonderer Bürger" ("citoyen spécial") ist.

Die Kernfrage besteht in Deutschland wie in Frankreich in dem Grad der zulässigen Freiheitsbeschränkung der Grundrechte des Beamten im Verhältnis zu den übrigen Bürgern.

Die allgemeinen Kriterien der zulässigen Einschränkung der Grundrechte des Beamten sind im französischen und deutschen Rechtsbereich nahezu deckungsgleich: Die Schranken der Grundfreiheiten müssen im Einzelfall durch eine Abwägung - oder in der französischen Terminologie "conciliation" - zwischen den Erfordernissen des Dienstes und den Individualrechten des Beamten bestimmt werden. Aus der Rechtsprechung des Conseil d'Etat läßt sich der auch im deutschen Recht anerkannte Grundsatz ableiten, daß für die Grundrechtseinschränkung der Zweck des Beamtenverhältnisses und die Notwendigkeit seines geordneten Funktionierens maßgebend sind.

Das Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern wird in beiden Rechtsordnungen zunächst dahin verstanden, daß der Einstellungsbehörde ein Ermessen bei der Prüfung der charakterlichen und fachlichen Eignung des Beamten eingeräumt wird.

Der Conseil d'Etat hat bereits 1953 in dem maßgeblichen Fall Barel durch Auslegung des Grundrechtes auf gleichen Zugang klargestellt, daß die Verwaltung ihr Ermessen bei der Anstellung mißbraucht, wenn sie die politische Überzeugung des Bewerbers als alleinige Entscheidungsgrundlage heranzieht.

In Frankreich rechtfertigen politische Auffassungen den Ausschluß vom öffentlichen Dienst nur dann, wenn diese in einer dem Zurückhaltungsgebot widersprechenden Form öffentlich manifestiert werden und dadurch der Schluß gerechtfertigt ist, der Bewerber werde seine beamtenrechtlichen Pflichten nicht erfüllen.

In Deutschland ist demgegenüber die Zulassung von Mitgliedern verfassungsfeindlicher Parteien zum öffentlichen Dienst nach wie vor umstritten.

Eine strengere Auffassung sieht in der reinen Mitgliedschaft in einer derartigen Partei einen Ablehnungsgrund, weil die Parteimitgliedschaft kein bloßes weltanschauliches Bekenntnis sei, sondern die aktive Unterstützung politischer Zielsetzungen bedeute.

Dieser Ansicht wird entgegengehalten, sie messe dem Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG eine zu geringe Bedeutung zu. Nach der hier vertretenen Auffassung stehen das Parteienprivileg und die politische Treuepflicht einander gleich. Damit könnte einem Bewerber für den öffentlichen Dienst allein wegen seiner Mitgliedschaft in einer Partei die politische Zuverlässigkeit nicht abgesprochen werden.

Dieses Ergebnis wird durch die rechtsvergleichende Betrachtung gestützt. Es ist nämlich bemerkenswert, daß das gleiche Resultat in Frankreich allein durch eine Auslegung des Grundrechts auf gleichen Zugang erzielt wird; hiernach kann ein Bewerber nicht mit der Begründung vom öffentlichen Dienst ausgeschlossen werden, er gehöre einer Partei an, die der Verfassung kritisch gegenübersteht.

Weitergehend wird jedoch in beiden Rechtsordnungen zwischen der reinen Parteizugehörigkeit als Ausdruck einer politischen Überzeugung und der mit den Interessen des öffentlichen Dienstes nicht zu vereinbarenden Manifestation extremistischer Zielsetzungen differenziert.

Die im einzelnen untersuchten Sachverhalte entsprechen sich in Deutschland wie in Frankreich nahezu vollständig. Die anhand typischer Fälle entwickelten Grenzlinien zulässiger Grundrechtsausübung werden aus rechtsvergleichender Sicht bestätigt.

Die Einschränkung des Grundrechts der Meinungsfreiheit ist in beiden Rechtsordnungen von der Funktion und der Bedeutung der Stellung des Beamten abhängig. Darüber hinaus wird unterschieden zwischen Meinungsäußerungen im Dienst und außerhalb des Dienstes.

Der Begriff des Treueverhältnisses zwischen dem Staat und seinen Beamten ist zwar in Frankreich schwächer ausgeprägt als in Deutschland, die Stellung des französischen Beamten wird aber auch durch die Pflicht zur vollen Hingabe an das übertragene Amt und zur würdigen Gestaltung des Lebens gekennzeichnet. Die Zurückhaltungspflicht und eine gewisse Pflicht, sich dem Staat gegenüber loyal zu verhalten, begrenzen die Meinungsfreiheit des deutschen und französischen Beamten. Umfang und Grenzen der Zurückhaltungspflicht werden von dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt.

Der Beamte darf keine Meinungen äußern, mit denen in beleidigender Form unmittelbare Dienstvorgesetzte angegriffen werden, weil hierdurch die Fortsetzung der Dienstausübung erheblich erschwert wird.

Die Grenzziehung zwischen extremer und angemessener Meinungsäußerung mag zwar schwierig sein, die aus der deutschen und französischen Rechtsprechung zitierten Fälle dienen aber als Markierungspunkte für eine sachgerechte Einzelfallentscheidung. So wird ein Vergreifen im Ausdruck von der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt, während grobe Beleidigungen von Dienstvorgesetzten oder die Teilnahme an verbotenen Demonstrationen einen Verstoß gegen die Zurückhaltungspflicht bedeuten. Ungebührliche Angriffe gegen verfassungsrechtliche Institutionen oder die Staatssymbole sind pflichtwidrig, die Kritik an der Regierungspolitik bewegt sich dagegen im Rahmen rechtmäßiger Meinungsäußerung.

Die rechtsvergleichende Methode hat zu einem doppelten Ergebnis geführt: zum einen werden die eigenen Lösungen in der anderen Rechtsordnung bestätigt, zum anderen wird die Argumentation durch die Kenntnis der abweichenden Lösungswege bereichert.
Die rechtsvergleichende Untersuchung ausgewählter Grundrechtsfragen aus dem Bereich des öffentlichen Dienstes hat verdeutlicht, daß auch bei anderen Rechtsproblemen die Überprüfung der Resultate der eigenen Rechtsordnung anhand der in Frankreich entwickelten Problemlösungen interessante Ergebnisse und Übereinstimmungen erbringen könnte.

Es ist denkbar, daß z. B. die Diskussion über die Zulassung "Radikaler" zum öffentlichen Dienst durch den Blick auf die "französische Lösung" auf das eigentliche Sachproblem der Grenzen zulässiger Grundrechtsausübung konzentriert wird. Diese Ansicht wird durch das Ergebnis der Vergleichung der Rechtsschutzfragen im Rahmen der Meinungsfreiheit gestützt, denn in diesem Bereich herrscht weitgehende Übereinstimmung. Im deutschen Recht gefundene Abgrenzungskriterien finden sich auch im französischen Recht.

Gesamtergebnis

1. Im Unterschied zum deutschen Recht ist im französischen Recht eine Lehre von dem "besonderen Gewaltverhältnis" nicht entwickelt worden.
   Wieweit dieser Begriff auch im deutschen Recht entbehrlich ist, verdeutlicht die Untersuchung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes des Beamten im Lichte der traditionsreichen französischen Verwaltungsrechtsprechung. Die Ausgangsbasis ist die beiden Rechtsordnungen gemeinsame Unterscheidung zwischen dem Beamtenverhältnis und dem allgemeinen Verhältnis des Bürgers zum Staat.

2. Wie im französischen Recht ist auch im deutschen Recht die Klagemöglichkeit gegen rechtswidrig erfolgte Ernennungen und Beförderungen anzuerkennen.
   Das in Frankreich bestehende Auswahlverfahren ("concours") verlegt den Rechtsschutz des Beamtenbewerbers in ein früheres Stadium, wie es auch eine Anfechtung rechtswidrig erfolgter Ernennungen und Beförderungen ermöglicht.
   Art. 33 Abs. 5 GG steht einer vergleichbaren Lösung im deutschen Recht nicht entgegen. Die Bestandskraft von Ernennung und Beförderung ist kein Strukturprinzip des Berufsbeamtentums.

3. Im französischen wie im deutschen Recht wird nach anfänglicher Zurückhaltung Rechtsschutz auch gegen dienstliche Beurteilungen gewährt. Hierbei wäre in Deutschland jedoch eher einer weiten Fassung des Verwaltungsaktsbegriffs als dem Rückgriff auf Art. 19 Abs. 4 GG ohne Bestimmung der Klageart der Vorzug zu geben.

4. Im französischen und deutschen Recht läßt sich tendenziell eine Einschränkung des Grundsatzes vom Beurteilungsspielraum bei dem Rechtsschutz des Beamten gegen seine Entlassung feststellen.

5. Die Ausweitung des Rechtsschutzes auf sog. Betriebsakte, besonders bei der dienstlichen Verwendung des Beamten, erfolgt in beiden Rechtsordnungen äußerst zögernd und nur partiell. Hierbei verliert die Unterscheidung zwischen "Grund- und Betriebsverhältnis" an Bedeutung.
Folgerichtig wäre für beide Rechtsordnungen, gegen alle innerdienstlichen Anordnungen mit Ausnahme der reinen Vorbereitungs- und Hilfsakte die Anfechtung zuzulassen.

6. Der Geltungsbereich der Grundrechte im Beamtenverhältnis ist in Frankreich und Deutschland im Ergebnis weitgehend deckungsgleich. Hierbei ist das Maß der zulässigen Einschränkung der Grundrechte des Beamten im Einzelfall durch eine Abwägung zwischen den Erfordernissen des Dienstes und den Individualrechten des Beamten zu bestimmen.

7. Wieweit die reine Mitgliedschaft in einer nicht verbotenen Partei mit verfassungsverneinender Zielsetzung Bewerbern den Zugang zum öffentlichen Dienst verwehrt, wird in beiden Rechtsordnungen unterschiedlich bewertet. (Auch) in Anlehnung an die "französische Lösung" ist eine reine Mitgliedschaft als ausreichender Ablehnungsgrund anzuzweifeln. Vielmehr dürfte hierzu erst eine manifest gewordene extremistische Zielsetzung des Bewerbers Anlaß sein oder aber eine nach der Einstellung in Erscheinung tretende verfassungswidrige Aktivität zur Entlassung des Beamten führen.

8. Zurückhaltungspflicht und Loyalität gegenüber dem Staat begrenzen in beiden Rechtsordnungen die Meinungsfreiheit des Beamten. Ihre Einschränkung ist von der Funktion und der Bedeutung der Stellung des Beamten abhängig; die Meinungsfreiheit wird durch die Pflicht zur Zurückhaltung begrenzt. Extreme Meinungsäußerungen in ungebührlicher Form sind von der Meinungsfreiheit nicht gedeckt.